

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**Hanna Baptista Pinheiro**

**ADOÇÃO HOMOPARENTAL: Uma análise jurídica e metajurídica,  
através de uma abordagem interdisciplinar entre Direito e  
Psicologia**

CURITIBA  
2011

**ADOÇÃO HOMOPARENTAL: Uma análise jurídica e metajurídica,  
através de uma abordagem interdisciplinar entre Direito e  
Psicologia**

CURITIBA

2011

**Hanna Baptista Pinheiro**

**ADOÇÃO HOMOPARENTAL: Uma análise jurídica e metajurídica  
através de uma abordagem interdisciplinar entre Direito e  
Psicologia**

Trabalho de conclusão de curso apresentado  
ao Curso de Graduação em Direito da  
Universidade Federal do Paraná, como  
requisito parcial a obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk.

CURITIBA

2011

## DEDICATÓRIA

À minha mãe.

## AGRADECIMENTOS

Depois de se aventurar longo tempo pela na imensidão do mar, percebe o marujo que chegou ao seu destino. Ao avistar o porto seguro, com os pés tão perto do cais, reserva seus últimos minutos na proa para relembrar e refletir sobre sua viagem. É então que o marinheiro percebe que determinação e coragem foram fundamentais, contudo não suficientes por si só. Para completar o percurso o barco precisou ser forte e o vento ajudar. Não se pode esquecer ainda que sem uma bússola para indicar o caminho tudo estaria perdido. E mirando o casco, sentindo a brisa e com a já cansada incansável bússola em suas mãos, foi tomado por imensa gratidão.

Realizar a presente pesquisa acadêmica fora navegar, e ao final dessa jornada eu não poderia deixar de agradecer a aqueles que tiveram fundamental papel para a realização desse estudo. Assim, em primeiro lugar sou grata a minha mãe, Andréa Baptista, incrível mulher, cuja força e o equilíbrio foram inspiração para agüentar com casco intacto as desventuras do percurso, e cujo carinho e amor devotados foram motivação ao içar de minhas velas. Também, porque não há jornada sem vento que ajude, não posso me esquecer daqueles que me encorajaram a seguir a diante, e, portanto, não poderia deixar de dizer “obrigada” a Alexandre Bahry, Cassiana Cardoso, Dr. Gondinho, Dr. Brunnet, João Rubens Balbela e Rafael Baldo. Ainda, minha gratidão eterna à Carlos Eduardo Pianovski, que atuou como bússola desta navegação, tendo importância indescritível tanto para esta pesquisa, quanto como estímulo acadêmico.

Por fim, resta ainda agradecer às duas pessoas que me esperam no cais, dando sentido à jornada – afinal é impossível enfrentar mares bravios sem ter um motivo para fazê-lo, e fazer elas se orgulharem de mim me parece mais que um bom motivo. Uma delas é meu porto seguro, e desde que entrou na minha vida, tem feito as tormentas parecerem mais brandas. A outra, embora tão pouco tempo ao meu lado já me faz capaz de enfrentar qualquer oceano. Ambas me levaram caminhar por mares desconhecidos – o do amor cego, o do amadurecimento, o da maternidade -, me impulsionam a seguir adiante, me trazem as maiores alegrias. Ricardo Pereira (meu marido) e Gabriela Baptista Pereira (minha filha, esperando a primavera para nascer), meu “muito obrigada”.

## EPÍGRAFE

*What is straight? A line can be straight, or a street, but the human heart, oh, no, it's curved like a road through mountains*

TENNESSEE WILLIAMS

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	08
<b>TÍTULO I. DA ADOÇÃO</b>	11
<b>CAPÍTULO 1. DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA</b>	11
1.1. DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO DO COLONIALISMO AO FIM DO OITOCENTISMO	12
1.2. DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO	18
<b>CAPÍTULO 2. DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE</b>	24
2.1. LINEAMENTO HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	26
2.2. TEOR DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E SEUS REFLEXOS À ADOÇÃO HOMOPARENTAL	32
<b>CAPÍTULO 3. DA ADOÇÃO: UMA ANÁLISE DO CONTEXTO LEGISLATIVO BRASILEIRO</b>	39
3.1. ADOÇÃO NO BRASIL PRÉ CONSTITUIÇÃO DE 1988	40
3.2. ADOÇÃO NO BRASIL PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988	43
<b>TÍTULO II. O ADOTADO, O ADOTANTE E A PSICOLOGIA</b>	50
<b>CAPÍTULO 1. O INFANTO ADOTADO E A PSICOLOGIA</b>	50
1.1. A IMPORTÂNCIA DO AFETO: ESTUDOS DE RENÉ SPITZ ACERCA DO PERÍODO PRÉ-VERBAL DE DESENVOLVIMENTO	51
1.2. DESENVOLVIMENTO PSICOSEXUAL: O COMPLEXO EDIPIANO E O ADOTADO	56
<b>CAPÍTULO 2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA HOMOSSEXUALIDADE À LUZ DA PSICOLOGIA: COMPREENDENDO O ADOTANTE HOMOSSEXUAL</b>	61
2.1. HISTÓRICO DA HOMOSSEXUALIDADE	61
2.2. ESTRUTURA PSÍQUICA DO HOMOSSEXUAL	66
<b>CAPÍTULO 3. O HOMOSSEXUAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</b>	73
3.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	74
3.2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E HOMOSSEXUALIDADE	77
<b>TÍTULO III. A ADOÇÃO HOMOPARENTAL</b>	82
<b>CAPÍTULO 1. DO AFASTAMENTO DOS MITOS</b>	82
1.1. HOMOPARENTALIDADE E SEUS MITOS	84
1.2. DOS SUPOSTOS MALEFÍCIOS À CRIANÇA NA CONVIVÊNCIA COM HOMOSSEXUAIS VERSUS OS RESULTADOS DE PESQUISA CIENTÍFICAS	87
<b>CAPÍTULO 2. DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO HOMOPARENTAL</b>	92
2.1. DAS SUPOSTAS RESTRIÇÕES LEGAIS À ADOÇÃO COJUNTA POR HOMOSSEXUAIS: UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO §3º DO ART. 226 DA CF E DO §2º DO ART. 42 DO ECA	93
2.2. DAS SUPOSTAS RESTRIÇÕES LEGAIS À ADOÇÃO COJUNTA POR HOMOSSEXUAIS: PROBLEMATIZAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DO §3º DO ART. 226 DA CF E DO §2º DO ART. 42 DO ECA	97
<b>CAPÍTULO 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	106
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	114

## RESUMO

Mudanças sociais possibilitaram que as diversas formas de famílias recebessem uma atenção maior por parte da comunidade científica. Famílias monoparentais, reconstituídas, sem filhos, homoparentais, tornaram-se concretas e passaram a ser objeto de estudo de teses e dissertações. Pensando mais especificamente nas famílias homoparentais, homossexuais descobriram diversas formas de constituírem-se pais e mães - seja através inseminação artificial, barriga de aluguel, filhos do casamento heterossexual, etc. – porém, no que tange as demandas adotivas, o assunto tem-se revestido de grande polêmica. O presente trabalho objetiva analisar, por método indutivo, a juridicidade e as perspectivas que envolvem a adoção homoparental, como realidade fática-social irrefutável. Recorre-se a interdisciplinaridade, socorrendo-se da psicologia, a fim de fundamentar a consonância dentre adoção homossexual e melhor interesse da criança e do adolescente. Discutindo questões relacionadas à nova perspectiva a que se investe o instituto da família e da adoção, à obrigatória imersão da demanda adotiva na “Doutrina da Proteção Integral do Menor”, bem como à importância de uma leitura (para além do direito) do papel do adotante e do processo de desenvolvimento psico-social do menor adotado, procura-se fundamentar a possibilidade jurídica de adoção por (sujeito ou par) homossexual.

Palavras-chave: homoparentalidade, homoafeto, famílias plurais



## **ABSTRACT**

Social changes made possible that different forms of families received larger attention from scientific communities. Single-parent families, reconstituted families, childless families, homoparental families have all become visible and object of studies, theses and dissertations. Focusing more specifically on homoparental families, homosexuals have discovered many forms of becoming fathers and mothers: artificial insemination, surrogate parenting, children of a heterosexual marriage, etc. - nevertheless, concerning adoption claims, the issue has been surrounded by controversies. This paper assesses, through an inductive methodology, the legality in Brazil and the perspectives that are related to homoparental adoption, as an irrefutable factual and social reality. The paper will resort to interdisciplinarity, making use of psychology to justify the convergence between homosexual adoption and the best interest of the child and of the teenager. The paper will try to justify the juridical possibility of adoption by a homosexual person or couple, by discussing issues related to the new perspective under which are the institutions of family and adoption, the necessary immersion of the adoption claim in the "Doctrine of Whole Protection of the Minor", as well as the importance of an understanding, not restricted to Law, of the role of the adopting person and of the process of psycho-social development of the adopted minor.

Key words: homoparental, homo-affective, plural families

## INTRODUÇÃO

Em uma complexa engrenagem, o fato social se põe como motor de engendro da norma. Assim, as mutações que envolvem a concepção de família resultaram em uma seara de alterações no ordenamento jurídico. Quando o tempo do patriarcalismo se pôs e infinita pluralidade de modelos familiares se fez enxergar, o afeto, para além do assombro da ditadura do elo fisiológico, investiu-se de imperial relevância frente à percepção da concepção de família.

Por sua vez, o reconhecimento da família contemporânea como complexo afetivo, cuja principal função reside na satisfação pessoal dos membros, obriga que *Iustitia* (ou *Diké*, para os gregos) desvende seus olhos às inúmeras relações de fato, por tanto tempo ignoradas pelo Direito.<sup>1</sup> Inserido nesse cenário, um paradoxo: a mesma sociedade que assiste ao fenômeno da família homoafetiva encontra, em contraponto, um Judiciário de posicionamentos (ainda) reticentes no que tange a esses relacionamentos, a despeito de alguns importantes avanços.

A ebulição dos Direitos Fundamentais na Lei Maior brasileira, bem como o movimento de repersonalização e de constitucionalização do Direito Civil, demanda que se observe que a não discriminação do homossexual, como garantia irrefutável, não se resume a aceitação do sexo entre pessoas do mesmo sexo, mas coliga-se ao entendimento de que essas relações formulam mais que sociedade de fato, e sim sociedades de afeto.

Despir-se das chagas da homofobia, do ranço toteniano, é também assumir juridicamente a faticidade da família homossexual, o que, por sua vez, inclui a própria releitura da filiação, já que a intrínseca infecundidade de uma relação

---

<sup>1</sup> *Iustitia* (Justiça ou *Justitia*) era a deusa romana que personificava a justiça. Correspondia, *mutatis mutandis*, a Deusa grega *Diké*, filha de *Themis*. GRIMAL, Pierre. Dicionário de Mitologia Grega e Romana; 3.<sup>a</sup> Edição. Rio de Janeiro: Difel, 1999, p. 174.

homossexual não tem impedido que pares homoafetivos abarcassem ou desejassem abarcar um filho no seio de sua família.<sup>2</sup>

É desse palco que a presente pesquisa encontra inspiração a definir a “adoção homoparental” como nicho a se debruçar. Pela atualidade e pelo desafio, pelo escasso tratamento, escolheu-se não só o tema, mas a interdisciplinaridade a que o presente trabalho pretende revesti-lo. Essa jornada, por método indutivo, objetiva partir da busca de adequada compreensão da concepção de família e desaguar no encaixe da homoparentalidade à sociedade de afeto, atando essas duas pontas em um discurso que reflete sobre a possibilidade de adoção por homossexuais.

Nesta análise, o primeiro momento objetiva compreender os aspectos gerais sobre a adoção, os pressupostos epistemológicos necessários aos exames futuros, englobando o entendimento do instituto da família e do “Princípio do Melhor Interesse da criança e do adolescente”. Segundamente, busca-se desvendar os dois polos de uma demanda adotiva por homoafetivos: de um lado o adotado, do outro o adotante homossexual, ambos observados jurídica e psicologicamente.

---

<sup>2</sup> Significado de totemiano: de totem. Oportuno ainda que se defina o significado de totem e tabu, vez que as expressões serão novamente utilizadas ao longo do texto, e ainda pela própria importância do conceito. Embora, originalmente, o primeiro esboço de conceituação acerca de totem e tabu (*tapu*) seja encontrado no relato James COOK (1728-1779), navegador inglês, acerca de certo comportamento dos habitantes das ilhas de Tonga, coube a FRAZER os primeiros estudos na área. Nada obstante, a primeira grande significação de totem e tabu deve ser atribuída a Sigmund FREUD (grande leitor de FRAZER). Para o pai da psicanálise (i) o totem pode ser definido como instituição primitiva que deixou indícios nas religiões ritos e costumes dos povos civilizados contemporâneos; (ii) o tabu compreende prescrições rigorosas, cuja violação traz sérias consequências e castigos para os membros de um grupo. Observe-se que a principal expressão de totem e tabu está na ambivalência, sendo um meio de lidar com íntima relação que existe entre amor e ódio. A produção literária contemporânea, que se insere fora do âmbito da psicanálise e antropologia avançada, tem-se utilizado das expressões “totem” e “tabu” como sinônimos, fundindo-se os conceitos, encarando que as palavras divergem apenas quanto à origem, sendo a primeira canadense e a segunda polinésia. Dito isso, registra-se que o presente estudo, pela delimitação de um objeto que não prosperará em dissecação antropológica ou psicológica demasiadamente aprofundada, coadunará com esta última retro noção postulada. Ainda, como mero caráter apreciativo, cite-se que LÉVI-STRAUSS abordara o tema, definindo totemismo como processo de invenção de semelhança entre duas ordens de grupos pertencentes, uns à natureza, outros à instituições humanas. Sobre o tema ver: LEVI-STRAUSS, Claude. Las Estructuras elementares de parentesco. Barcelona: Paidós, 1988; FREUD, Sigmund. Obras Completas: Totem y Tabu. España: Nueva, 1993.

A tecelagem desses assuntos culmina seu encadeamento no entendimento da possibilidade de adoção conjunta por homossexuais – posicionamento que se vê corroborado por recente decisão do STJ, na qual, em sede de Recurso Especial, confirma-se acórdão do tribunal *a quo* que julgou procedente adoção conjunta por duas mulheres.<sup>3</sup>

Em uma peregrinação que busca transcender a dogmática jurídica, sem desconsiderá-la – por entender que os Manuais de Direito tendem ser pretorianos às novas situações cotidianamente experimentadas no cenário das Relações Familiares – o norte do andarilho é dedução de dois outros “pontos cardeais”: é a reta secante à tangência entre ordenamento pátrio e psiquiatria que aponta a diretriz.

Deste debate, os prenúncios da alvorada vieram a resplandecer com a fatalidade das garantias individuais asseguradas pela Constituição Federal de 1988. Em busca de uma solução, nessa estrada brumosa demarca-se uma trilha, cuja função é impulsionar uma reflexão ao tema. Que as presentes linhas não margeiem o pensamento, mas sim induzam a reflexões que transcendam as aqui pensadas.

---

<sup>3</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 889.852/RS (2006/0209137) - Rio Grande do Sul, 27 de abril de 2010. Relator: Des. Luis Felipe Salomão. Disponível em: [http://stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1745](http://stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1745). Acessado em 12 de maio de 2009

## **TÍTULO I. DA ADOÇÃO**

### **CAPÍTULO 1. DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA**

Demandas por adoção por parte de homossexuais contextualizam-se e tornam-se possíveis em função de uma nova realidade, na qual o comportamento social e a vida familiar adquiriram novos sentidos, alterando significativamente a esfera na vida privada dos indivíduos. A família saiu da estrutura unitária, hierarquizada e transpessoal e migrou para uma família plural, igualitária e eudemonista, deixando de ser essencialmente um núcleo econômico de reprodução, para se tornar muito mais o livre espaço para expressão do afeto.<sup>4</sup>

Esse conjunto de mudanças viria a alterar profundamente as diretrizes da filiação, e por sua vez do instituto da adoção, uma vez que o poder familiar de que um adotante se investe, não pode ser destacado da própria função a que a família contemporânea se destina. Assim, compreender a possibilidade de filiação a homossexuais é também compreender as novas estruturas familiares, em um contexto no qual a norma não tem dado conta do fato. Por ser pressuposto epistemológico capital à apreensão jurídica da possibilidade da adoção homoparental, inicia-se o presente estudo buscando a compreensão das transformações sofridas pela “família”.

Destarte, esse propósito será realizado a partir de uma apreciação da história do Direito de Família Brasileiro e da dogmática constitucional da família, o que se dará em dois momentos seqüentes: (i) preliminarmente (na seção 1.1.) debruça-se sobre o desenvolvimento do Direito de Família do período colonial até (e incluindo) a promulgação do Código Civil de 1916 e vigência do “modelo oitocentista”; (ii) seguidamente (na seção 1.2.) aprecia-se o momento ante e pós a

---

<sup>4</sup> FACHIN, Luis Edson. O outro ninho: mudança de paradigmas: do tradicional ao contemporâneo. Revista Jurídica Del Rey. Belo Horizonte, n. 7., jul./dez, 1999, p. 12

promulgação da Constituição de 1988, refletindo-se sobre o modo como o Judiciário deve efetuar a leitura de matérias que tangem o Projeto Parental - o que engloba as próprias demandas de adoção por homossexuais.

### 1.1. DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO DO COLONIALISMO AO FIM DO OITOCENTISMO

O arquétipo familiar concebido com base na domesticidade e no amor romântico – plano de fundo ao desenvolvimento dos tantos outros arquétipos familiares ocidentais contemporâneos – desenvolveu-se a partir do arrefecimento do elo aldeão característico da *família campesina*, e do detrimento do poderio da *família patriarcal*, em uma Europa, que em fins de medievo, caminhava rumo à modernidade, e à *família nuclear*.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup>Quanto aos citados modelos familiares, algumas ponderações são pertinentes: A *família patriarcal* é refletida pelas casas da aristocracia européia, as quais eram, antes de tudo, lugares públicos e políticos, onde a privacidade era impossível. O pai, patriarca da família, tinha autoridade absoluta. A organização doméstica consistia num agrupamento que ia de quarenta até mais de duzentas pessoas, comportando uma mistura de parentes, dependentes e clientes. Suas relações pautavam-se em excessiva hierarquia, e os papéis eram fixados por rígidas tradições. Cuidados parentais eram considerados de baixa dignidade, sendo que as crianças eram, desde a primeira infância, delegadas aos cuidados de terceiros. A amamentação era feita, em regra, por amas-de-leite, sendo que os infantes formavam seus primeiros vínculos com alguém que não pertencia à família. Impessoalidade entre os membros era norma de conduta e etiqueta imposta pela posição social elevada que ocupavam. Já o *campesinato* não se organizava em famílias quantitativamente extensas, apesar de, às vezes, até três gerações viverem na mesma casa. A privacidade novamente era desconhecida e não tinha valor. A autoridade não se investia propriamente no pai da casa, mas sim no próprio povoado. Os fortes laços de dependência aldeã eram de tal forma intensos, que a sobrevivência não se fazia possível em nível da unidade familiar. Severos castigos físicos eram comuns, ainda que em crianças muito pequenas. Como resposta psíquica do açoite, ter-se-ia o surgimento de forte sentimento de culpa ou de vergonha pela transgressão, remetidos não a uma identificação filho/pai e sim filho/povoado. O interessante é que, para OSÓRIO, tal reação não é advinda de um superego extremamente estimulado, mas sim de um agudo senso de norma social externa. Tal fenômeno se daria principalmente em função do enfraquecimento do ego infantil (OSÓRIO, Luis Carlos. Família hoje. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996, p. 52) O desenvolvimento urbano leva grande número de famílias camponesas às cidades modernas. Rompidos os laços com a aldeia, conduz-se a um nível afetivo sem núcleo familiar. Paralelamente a essas mudanças, ocorre o que NORBERTO BOBBIO chama de “movimento do positivismo jurídico”, iniciado entre o sec. XVIII e o começo do sec. XIX, surgido da necessidade de unificar o conjunto de normas jurídicas fragmentárias (BOBBIO, N. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p 18-22). Assim, gradativamente, a partir da Revolução Francesa (1789), observa-se uma tendência de concentração normativa, um movimento de codificação sistemática, pelo qual o monopólio jurídico transmuta-se paulatinamente das mãos da Igreja às mãos do Estado. Essa seara encontra seu ápice na França de 1804, com o advento do Código Napoleônico, marco de significado histórico que seria influenciador de todo o pensamento jurídico moderno. O Direito de Família não ficaria a margem desse córrego, sendo, inclusive, amplamente trabalhado no referido diploma Francês. O primeiro destes complexos familiares fora o adotado pelo proletariado. Submetidos a salários muito baixos e a péssimas

Esse “molde familiar europeu” só começaria a ser importado ao Brasil em vias de colonização, quase quarenta décadas após o “descobrimento”, pois, em verdade, quando a esquadra de Cabral içou velas no paraíso de Porto Seguro (22 de abril de 1500) os interesses da cora portuguesa estavam apenas voltados para a cobiça das especiarias das índias – ou seja, ao manutenção e não a ocupação daquela que era a Terra de Santa Cruz.<sup>6</sup>

Assim, as primeiras décadas do período seiscentista foram marcadas por uma ausência de famílias brasileiras legalmente constituídas. O máximo que existiu foram contatos físicos entre homens europeus e mulheres indígenas da terra, sendo, contudo, vedado o casamento do gentio com a pessoa da raça branca (permissão que só viria ocorrer em 1758, por intermédio de uma lei do Marquês de Pombal).<sup>7</sup>

Destarte, a família brasileira constituiu-se a partir da implantação do sistema de Capitánias Hereditárias, baseada em um despotismo da raça branca, enquanto o cenário fático de paterno filiação assentava-se na miscigenação entre (i) gentis, (ii) descendentes de europeus e (iii) negros que passaram a ser trazidos para o território na condição de escravos a partir de 1549.<sup>8</sup>

---

condições de vida, em geral, toda a família tinha de trabalhar. Mulheres contribuíam no sustento da casa e ainda realizavam afazeres domésticos. O ingresso na labuta fabril ocorria desde muito cedo, sendo que as crianças recebiam disciplina e orientação na própria fábrica. A presença de uma lacuna entre a diminuta autoridade familiar contrastada com a imperativa autoridade no ambiente de trabalho pode ser uma explicação à disposição rebelde do jovem proletariado na primeira metade do século XIX. A brutalidade do mundo que era apresentada aos infante-juvenis viria a produzir uma “psicopatologia pandêmica” de desenvolvimento lacero do superego. Já o modelo de família burguesa surgiu a partir da estrutura familiar dominante na sociedade capitalista do século XX, tendo seus contornos ainda comparecentes. Não mais se pautava na manutenção das tradições e continuação da linhagem, mas sim na acumulação de capital e no valor da escolha individual. A família burguesa se estabeleceu sobre a domesticidade, o amor romântico e o amor maternal - todos construídos em torno da privacidade e do isolamento.

<sup>6</sup> MARTINS FILHO, Ives Gandra. 500 anos de História do Brasil. São Paulo: Editora LTR, 1999, p.13-14

<sup>7</sup> BUENO, Eduardo. Capitães do Brasil: A saga dos primeiros colonizadores. Rio de Janeiro: Editora. Objetiva, 1999, p.7-9

<sup>8</sup> CHIAVENATO, Júlio José. O Negro no Brasil: Da senzala à abolição. São Paulo: Editora0020Moderna, 1999, p. 33-38

Neste período colonial, pré-independência, em um cenário marcado pela consolidação da aristocracia rural, as relações familiares eram regidas a luz do Direito Canônico e Ordenamentos do Reino português. Em 1603 as Ordenações Filipinas foram editadas e de plano introduzidas no Brasil. Seus dogmas muitíssimo conservadores representavam a face de uma legislação que já nascia envelhecida, visto ser simples versão das Ordenações Manuelinas, numa verdadeira reminiscência da Idade Média nos tempos modernos.<sup>9</sup>

Especificamente à sua aplicabilidade em terras tupiniquins, as Ordenações Filipinas padeciam de uma grande dificuldade cultural e geográfica: elas foram concebidas para Portugal, no contexto português, que muito se distinguia da realidade brasileira. Nada obstante, vigeram por grande período, longevidade essa que, segundo Orlando GOMES, deve-se à lacunosidade abundante do diploma (em parte posteriormente colmatada pela edição da *Lei da Boa Razão*, pela qual se impôs novos critérios de interpretação e de integração).<sup>10</sup>

Sobreveio o Império e depois dele a República, e ainda foram necessários mais vinte de cinco anos até o advento de uma codificação Civil brasileira. Completaram-se trezentos e quatorze anos de existência das Ordenações Filipinas, sendo que ainda, em pleno século vinte a legislação civil brasileira achava-se atrelada a ordenamentos que datavam de 1603. Após as malogradas tentativas de Teixeira de Freitas (1859), Nabuco de Araújo (1872) e Felício dos Santos (1881), é em 1916 que advém o primeiro Código Civil Brasileiro, rompendo grilhões de mais de três séculos de domínio das Ordenações.

Segundo Orlando GOMES o grande defeito legislativo do Brasil foi passar abruptamente, em sede de legislação civil, das Ordenações Filipinas ao Código Civil,

---

<sup>9</sup> GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Atualizada por Humberto Theodoro Júnior, 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 9-22

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 9-22



pois isto tolheu do país a oportunidade de experimentar o sopro de renovação legislativa, que empolgou as nações ocidentais no século XIX.<sup>11</sup> O autor ainda destaca que o tratar da matéria de Família deu-se de modo despreocupado à realidade, emprestando conteúdo moral aos conceitos jurídicos e de modo paradoxalmente avançado e anacrônico (avançado em relação ao estágio social pátrio; ultrapassado em face dos sopros filosóficos que varriam a Europa).<sup>12</sup>

Com uma criação assentada na necessidade emergente de regulação da esfera privada, o Código Civil de 1916 preocupou-se não com a tutela da existência dos membros familiares, mas sim com o “instituto jurídico da família”. Somente concebida pelo casamento, a família dotava como principal função a nutrição dos laços e das relações políticas, perpetuando o nome e o patrimônio que se transmitia de geração em geração. Proteger a família de natureza agrária era a função central desse diploma normativo do início do século, representativo do sistema liberal burguês. Imperava o modelo familiar designado como “oitocentista” ou “patriarcal”

Esculpido no Título I do Código Civil de 1916, encontrava-se a regulação de uma estrutura *familiar patriarcal*,<sup>13</sup> *matrimonializada*,<sup>14</sup> *hierarquizada*,<sup>15</sup>

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 9-22

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 9-22

<sup>13</sup> Remeter-se a uma *família patriarcal brasileira* é remeter-se a idéia de um poderoso patriarca senhor da Casa Grande e Senzala. Visualiza-se, ainda, esse mesmo patriarca — proprietário — como chefe supremo de uma grande família *matrimonializada* e legítima. Destarte, caracterizar a família como *patriarcal* é dizer que esta se organiza sob chefia exclusiva do homem, o qual exercita tanto o papel de pai como de marido

<sup>14</sup> Em palestra ministrada no VI Congresso de Direito de Família, no 16/11/07, professor Luis Edson FACHIN elucidou: “o casamento, no sistema clássico, chama para si a origem, o porto de partida e a ancoragem” (portfólio da palestra oferecido pelo IBDFAM disponível em [www.ibdfam.org.br/anais\\_download.php?a=73](http://www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=73); tema: paradoxos do direito de filiação na teoria e prática do novo Código Civil brasileiro intermitências da vida). Destarte, caracterizar a família como *matrimonializada* é dizer que esta se organiza estruturada pelo casamento, orbitando em torno deste.

<sup>15</sup> Por *hierarquização* da família entendemos aquela em que vigora o a marcante presença *parterpoder* do marido sobre a esposa – sendo que essa lhe devia submissão que *mutatis mutandis* aproxima-se da submissão do empregado para o patrão - e destes sobre os filhos (*pátrio poder*). (SILVA, Eduardo. A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: o direito de família entre a Constituição e o Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 450-451).

*transpessoal*,<sup>16</sup> fundada numa comunidade de sangue.<sup>17</sup> Mulher e filhos encontravam-se subordinados ao “chefe da família”, havendo uma hierarquia muito forte, laços infirmados menos pelo amor e mais por um princípio de autoridade, ligado à procriação e às alianças de natureza múltipla. De 1916 a 1988, presenciamos um arco histórico delineado por uma legislação que parecia mais voltada ao moralmente aceito que aos fatos.

Atribuía-se todos os direitos à *família legítima*, ignorando-se por completo a *união legítima*. Nessa senda, o concubinato obrigava-se e contentava-se com as raras menções legislativas, as quais tinham o propósito único de proteger a sociedade da degradação familiar. Segundo PONTES DE MIRANDA (1947, p. 85-96) o concubinato não constituía, no Direito Brasileiro, instituição de Direito de Família.<sup>18</sup>

Assim,

No antigo terreno do concubinato, o princípio era o segredo que se conjugava com o Estado contemplativo. Não ao reconhecimento dos filhos extrapatrimoniais, não à disciplina jurídica das relações extrapatrimoniais. As inclusões (legitimidade dos filhos associada ao casamento) definiram as exclusões (a “bastardia” jurídica). (FACHIN, 2003-b, p. 94).

A desigualdade entre cônjuges era constantemente reafirmada: embora não houvesse um poder marital absoluto, até a promulgação da Lei nº 4121/62, a consorte era relativamente incapaz; o desconhecimento da não virgindade da mulher pelo esposo era motivo da anulação do casamento, pois se presumia mau

<sup>16</sup> Por família transpessoal podemos entender aquela organização familiar que busca transcender a si mesma, passando da pessoa dos seus familiares. Em outras palavras é aquela que se preocupa com a sua continuidade, sobrevivência, ou seja, a manutenção da mesma por várias gerações, deixando de lado os interesses e necessidades afetivas de seus membros.

<sup>17</sup> Nesse sentido aponta professor Luis Edson Fachin: “A família do Código Civil do começo do século era hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e transpessoal, de forte conteúdo patrimonialista vez que colocava a instituição em primeiro plano: o indivíduo vivia para a manutenção e fortalecimento da instituição, que se caracterizava como núcleo de apropriação de bens nas classes abastadas.” FACHIN, Rosana Amara Girardi. Em busca da família do novo milênio. Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 8.

<sup>18</sup> MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito de Família. 3ª ed., inteiramente refundida e aumentada. Vol. I. Direito Matrimonial. São Paulo: Mas Limonad, 1947, p. 85-96

comportamento pretérito da mulher; a própria capitulação do Código Civil de 1916 dividia os efeitos jurídicos do casamento em “Direitos e Deveres da Mulher” e “Direitos e Deveres do Marido”.

Até o advento da Lei nº 6.515, em 1997, não havia divórcio, sendo que seu comparável na codificação nacional era o desquite, o qual punha apenas fim à sociedade conjugal, e não ao vínculo matrimonial. Ficavam, portanto, os desquitados obstados de contrair novo matrimônio. A unidade familiar deveria ser mantida a qualquer custo.

A base da filiação legítima era o casamento dos pais quando da concepção.<sup>19</sup> Já os filhos incestuosos ou adulterinos, até o advento da Lei nº 7.841/89, não possuíam reconhecimento legal. Imersa em uma sociedade maculada por idéias discriminatórias, a filiação adotiva, uma vez encarada como simples maneira supletiva de formar uma família, tinha como objetivo proporcionar aos casais sem filhos a oportunidade de exercer a paternidade.<sup>20</sup>

O Código Civil de 1916 possuía 305 artigos relativos ao Direito de Família, os quais, herdando a forte religiosidade do Direito português, voltavam-se a regulação jurídica de uma sociedade eminentemente conservadora, formada por senhores de terra.<sup>21</sup> No entanto, já muito cedo, esse modelo revelou-se incompatível com a realidade social. Recorrer-se-ia a uma legislação ordinária para adequar a situação.

---

<sup>19</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: Direito de Família. Coleção Direito Civil; V.5. São Paulo: Atlas, 2005, p. 267. Dispunha o art. 337 do Código Civil de 1916 in verbis: “São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado (art. 217), ou mesmo nulo, se se contraiu de boa fé.”

<sup>20</sup> PROSPERO, Viviane Girardi. Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais. 2003. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003, p. 72

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 72-73

Enumera Francisco José de OLIVEIRA, em sua dissertação de mestrado, as leis ordinárias que tentaram dar ao Direito de Família pátrio, uma conformação mais adequada aos fatos:

O Decreto-lei 1764/39 que criava a Comissão Nacional de Proteção à Família; Decreto-Lei 3.200/41; Decreto 9.701/46; Lei 883/49; Lei 1.110/50; Lei 4.121/62 merecendo destaque, pois pode ser considerado o primeiro passo para que se alcançasse a igualdade dos gêneros. Lei 5.478/68; Lei 6.515/77 que acolhe no Direito Brasileiro a possibilidade do Divórcio, admitindo assim o fim do vínculo matrimonial. (2006, p. 73).

“A moldura jurídica instaurada com a codificação civil foi sendo atropelada pela força construtiva dos fatos e encontrou rompimento no texto constitucional de 1988” (FACHIN, 2007). Assim, a Lei Maior transforma a família, no sentido de que se acentuam as relações de sentimentos entre membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais. É o fenômeno social da família conjugal, ou nuclear ou de procriação, onde o que mais conta, portanto, é a intensidade das relações pessoais de seus membros. Diz-se por isso que é a comunidade de afeto e entreajuda. Dá-se início ao período contemporâneo.

## 1.2. DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

A superação do modelo de família clássico ocorrera de maneira gradual, culminando, em âmbito jurídico, nas transformações realizadas pela Constituição Federal de 1988 - a qual posteriormente impulsionou o espírito da reforma do Código Civil de 2002, consagrando, de vez, o modelo familiar “eudemonista”, “contemporâneo”.

A Carta Maior – codificando matérias que antes eram apenas atinentes ao Direito Privado; promovendo o fenômeno de Constitucionalização do Direito Civil; atenuando a linha que divide o estudo do Direito Privado em relação ao Direito

Público; oferecendo destaque à estrutura jurídica familiar <sup>22</sup> - desloca o ser humano para o centro do ordenamento jurídico, e conseqüentemente a família passa a ser regulamentada de modo a preservar a qualidade das relações pessoais.<sup>23</sup>

É um momento de “repersonalização das relações familiares”, ou seja, de analisar o núcleo familiar de forma a se preocupar com o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, a fim de que as normas jurídicas e as interpretações jurisprudenciais sobre a matéria, tenham a pessoa humana como destinatária final.<sup>24</sup>

O vínculo afetivo ganha dimensão jurídica, vez que o afeto é reconhecido como amálgama essencial para que grupamento familiar cumpra com sua função de servir ao pleno desenvolvimento do sujeito, e não o contrário. O “elo biológico” dá lugar ao “elo afetivo” - o que, por sua vez, dá margem à ampliação do conceito de família e à ruptura da visão unifamiliar.<sup>25</sup>

Essa nova perspectiva do Direito de Família “Civil-Constitucional” engloba valores e princípios mais abrangentes, alcançando direitos fundamentais, como: (i) dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF); (ii) isonomia, ao reafirmar a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher e o tratamento jurídico igualitário dos filhos (artigo 5º, I da CF); (iii) solidariedade social (artigo 3º, I da CF)

---

<sup>22</sup> *Ibid.*, p.22

<sup>23</sup> “Quando o centro do ordenamento passa a ser a pessoa humana dotada de dignidade, e não o patrimônio, cuja proteção é assegurada por meio de um sistema formado por conceitos e modelos abstratos, essa racionalidade não-sistêmica se torna possível: é possível uma abertura para a concretude da vida.” (FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. (Org.) Ingo Wolfgang Sarlet Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 97.)

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Francisco José de, *Famílias não legisladas: direitos fundamentais e normas constitucionais de inclusão*. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p 92; MATOS, Ana Carla. *Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 97-98

<sup>25</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003-b, p. 17

Sob a égide da Constituição Federal de 1988 princípios com da “ratio” do matrimônio e da união estável (segundo o qual o fundamento básico da vida conjugal é a afeição e a necessidade de completa comunhão de vida), da igualdade jurídica dos cônjuges/companheiros, da igualdade jurídica de todos os filhos (CF, art. 227, § 6º, e CC, arts. 1.596 a 1.629); da consagração do poder familiar (substituindo o marital e o paterno, no seio da família, conforme prenuncia CC, arts. 1.630 a 1.638) e da liberdade (fundado no livre poder de constituir comunhão de vida familiar) promoveram profundas transformações no Direito de Família, visando-se a aproximação com as práticas das relações sociais.<sup>26</sup> Dentre os adventos principiológicos, destaca-se ao presente estudo o princípio da pluralidade familiar.

Estampando a ruptura com o modelo familiar clássico, o art. 226 da Constituição Federal de 1988 prevê como entidade familiar o casamento (§§1º e 2º), a união estável (§ 3º) e a família monoparental (§ 4º), portanto, descrevendo um pluralismo familiar. As relações familiares deixam de esgotarem-se no matrimônio.<sup>27</sup>

Ana Carla HARMATIUK MATOS e Rodrigo da CUNHA PEREIRA, dentre outros doutrinadores, entendem que o rol de entidades familiares protegidas na Constituição não é taxativo, e sim exemplificativo, já que o princípio da dignidade da pessoa humana demanda o reconhecimento de novas entidades familiares. Contudo, esse entendimento não é unânime, havendo quem discorde e acredite que se o legislador não ampliou o rol de entidades familiares, é porque, realmente, teve a intenção de estabelecer previsão *numerus clausus*.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> MATOS, Ana Carla. Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição feminina. Disponível em: [http://a.c.matos.sites.uol.com.br/\\_data/dissertacao-acmh-excerto.pdf](http://a.c.matos.sites.uol.com.br/_data/dissertacao-acmh-excerto.pdf). Acesso em: 23 de dezembro de 2010

<sup>27</sup> PROSPERO, 20003, *op. cit.*, p. 28; FACHIN, 2003-b, *op. cit.* p. 17

<sup>28</sup> MATOS, 2000, *op. cit.* p. 111-121; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) Família e cidadania: o novo CCB e a "vacatio legis". Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 165.

Parece ser mais acertado o posicionamento de que “os vários modelos familiares devem ser reconhecidos pelo Direito, na medida em que se respeitem valores essenciais dos membros do grupo familiar” – ou seja, assemelha-se com a lógica constituinte a noção de que a variedade de maneiras de formação da família não se esgota na expressamente estabelecida no texto Constitucional de 1988.<sup>29</sup>

A Carta Magna ao promover movimento de repersonalização das relações familiares, ao conferir dimensão jurídica ao vínculo afetivo e por intermédio de sua principiologia (destacando-se o princípio da pluralidade familiar) deu margem que novos contextos familiares viessem à pauta: família simultânea, família monoparental, família reconstituída, etc., e - com destaque para presente pesquisa - família homossexual e homoparental.

Nessa seara de mudanças o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 e o Código Civil de 2002 surgem com importante função no que diz respeito ao Direito de Família: o primeiro representa a efetivo advento da “Doutrina da Proteção Integral do Infante” e do “princípio do melhor interesse da criança e do adolescente” (assuntos que serão abordados no Capítulo 2 do presente Título), como forma de proteger os atributos emanados da personalidade desses sujeitos de direitos; o segundo vem a suprir a necessidade da antiga codificação de 1916, estabelecendo proteção dos Direitos de personalidade, possibilitando a eficácia da repersonalização do Direito.

Assim, a família atual – (tendencialmente) igualitária,<sup>30</sup> plural,<sup>31</sup> e eudemonista<sup>32</sup>- deve ser compreendida como voltada para a realização e

---

<sup>29</sup> MATOS, *op. cit.*, 2000, p. 112

<sup>30</sup> Por família igualitária podemos entender àquela em que reina a cooperação entre os sexos e as gerações. Nesse sentido: PETRINI, João Carlos. Mudanças sociais e mudanças familiares. In: Família, sociedade e subjetividades. Uma perspectiva multidisciplinar. Org. João Carlos Petrini e Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 50.

desenvolvimento de seus membros, dos quais se destaca a criança, como sujeito a merecer interesse especial em face de seu particular momento de desenvolvimento biológico, psicológico e social. É nessa conjuntura jurídica, não mais unifamiliar, que a filiação homossexual parece encontrar seu espaço - mesmo não havendo previsão legislativa expressa sobre o assunto.

Se o que observamos é a funcionalização do papel jurídico do elemento afetivo e o pluralismo familiar, é necessário que o Judiciário ao se debruçar sobre as relações familiares o faça a transformar em seu *leitmotiv* as premissas constitucionais e a necessidade de aproximação do Direito da realidade social. Essa problematização é emblemática em casos como o da família homoparental e da adoção por homossexuais, nos quais a realidade fática permanece a deriva legislativa, a mercê de tratamento normativo adequado.

---

<sup>31</sup> Acerca da pluralidade da família contemporânea brasileira, Paulo Luis Neto LOBO, não sem contra-argumentações de parte da doutrina, afere e sustenta que o elencado rol constitucional de entidades familiares é meramente elucidativo (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do "numerus clausus". In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) Família e cidadania: o novo CCB e a "vacatio legis". Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 89 - 107). Nesse diapasão, oportunas postulações de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk: "Se a expressão jurídica da família tem entre suas funções o exercício, a proteção e a promoção de liberdade(s), admitir uma interpretação restritiva que elimine, em termos concretos, a proteção jurídica de opções de constituição familiar livres na normatividade que esse (con)viver enseja pode ser encarado como uma violação dessa dimensão funcional. Se a família for pensada como espaço de auto constituição coexistencial, não cabe nem ao Estado nem à comunidade a definição de como essa auto-constituição será desenvolvida. A ausência de proteção jurídica da liberdade vivida de quem opta por um modelo de família não expresso em lei ou no texto constitucional é, a rigor, a afirmação de que o Direito não reconhece como passível de tutela aquela forma de auto-constituição." (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Liberdade(s) e Função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil Brasileiro. 2009, p. 373. 402 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/19174>. Acesso em: 06 de novembro de 2010)

<sup>32</sup> Falar que a família é eudemonista é referir-se ao momento em que o indivíduo deixa de pensar que ele próprio existe para a família e o casamento, e então passa a conceber que a família e o casamento existem para seu desenvolvimento pessoal. Trata-se portanto de uma ordem familiar que busca, em prima facie, a felicidade – que se contra põe com o paradigma clássico do transpessoalismo. Nesse sentido: (i) MICHEL, André. Modèles Sociologiques de La famille Dans lês sociétés contemporaines. In: Archives de Philosophie du Droit. Reformes du droit de la famille. Paris: Sirey, 1975, p. 20.; (ii) RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Liberdade(s) e Função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil Brasileiro. 2009. 402 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.



São sobre os pilares do Direito de Família contemporâneo que o objeto da presente pesquisa – adoção homoparental – faz sentido e ao mesmo tempo deve ser questionado. Na análise do tema a atual racionalidade legislativa suscitará questões como (i) o respeito à dignidade da pessoa humana, (ii) o princípio da igualdade, (iii) o atendimento do melhor interesse de criança e do adolescente, (iii) requisito do matrimônio ou união estável para adoção conjunta (§2º do art. 42, ECA), etc.

Embora as problematizações supra citadas venham a ser abordadas em momento oportuno, adiante e saliente-se que a atual conjuntura normativa, em nosso entendimento, sugere conjuntura em que a possibilidade de adoção por homossexuais é o passo à frente a ser dado para que as mudanças nas relações familiares, tendo por fundamento o elemento afetivo entre os seus membros, sejam levadas a efeito, descortinando a concepção eudemonista da família no século XXI.

## **CAPÍTULO 2. DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Suscita-se das profundas e sucessivas mudanças no Direito de Família os novos pilares sobre os quais se edifica o Direito de proteção infanto-juvenil. Com as transformações no Direito de Família e a crescente ênfase aos princípios fundamentais, o Direito da Criança e do Adolescente seria gerado como uma hodierna especialidade entre as Ciências Jurídicas. A criança deixa de ser um objeto de tutela de seus pais para tornar-se sujeito de direitos, emanante de atributos de sua personalidade, e receptor de tutela especial pelo Estado.

Desse sujeito, deve-se levar em conta o peculiar momento de desenvolvimento biológico, social e psicológico em que se encontra. Nesse sentido, a proteção aos atributos da personalidade do infante não pode ser interpretada sobre o mesmo prisma a que se olharia um adulto. São as crianças e os adolescentes merecedores de tutela especial, a fim de que tenham um crescimento sadio que os capacite a tornarem-se cidadãos.

Arrematando esse entendimento, a Constituição Federal de 1988, edifica o conceito de família sobre três pilares: (i) a plena igualdade entre os filhos; (ii) a desvinculação de estado de filho e estado civil dos pais; (iii) e a “Doutrina da Proteção Integral”. “Sob essa ótica, a família ganha particular relevo, visto constituir o núcleo onde se inicia o desenvolvimento da personalidade humana, do exercício da cidadania, do viver dignamente.” (BARBOZA, 2000, p. 145-150).

Nessa esteira, a participação brasileira na *Convenção Internacional sobre Direitos da Criança*, de 20 de novembro de 1989, pela qual a ONU aprovou e consagrou a Doutrina da Proteção Integral, representou importante advento à ordem legislativa nacional: versando-se de tratado ratificado, os princípios esculpidos na referida Convenção são introduzidos no ordenamento pátrio com eficácia de norma

cogente, sendo que o art. 227 da Carta Maior Brasileira os afere toda força de expressão.<sup>33</sup>

Nessa linha passa a criança a ter direito à vida, a um nome, à nacionalidade, à preservar sua identidade, à liberdade de expressar opinião, à liberdade de pensamento, consciência, de crença, de associação; enfim tem reconhecida a dignidade inerente e os direitos humanos inalienáveis da família humana (BARBOZA, 2000, p. 203).

Dentro desses ingressantes princípios destaca-se um em especial, por ser por este que se faria perceptível a Doutrina da Proteção Integral: o *princípio do melhor interesse da criança e do adolescente*. Tal norma passaria a ser observação imperativa a todas as resoluções jurídicas que gerassem efeitos imediatos sobre o infante, por efeito, também no processo adotivo por homossexuais.

Desta feita, a presente monografia, por ter como objeto a adoção homoparental, esbarra inevitavelmente nos existentes questionamentos e debates realizados tanto pela doutrina jurídica quanto pelas escolas da psicologia acerca da relação entre homoparentalidade e melhor interesse da criança e do adolescente. Contudo, para entender o embate de idéias acerca da problematização proposta é preciso compreender qual o conteúdo e aplicabilidade jurídica pátria de tal princípio.

Assim, se o primeiro pressuposto metodológico deste trabalho consiste na construção da moderna apreensão de família, segundamente se faz necessário compreender o “princípio melhor interesse da criança” o qual doravante será de suma importância ao presente estudo.

Esse intento se realiza iniciando com uma análise histórica prévia das origens do instituto, para seguidamente adentrar-se às questões referentes ao conteúdo que tal princípio assumiu no ordenamento brasileiro. Reforçando as razões da escolha de uma estrutura metodológica que abranja o delineamento histórico, podemos dizer que o primeiro momento deste presente capítulo encontra fulcro não

---

<sup>33</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. A Família e o Direito: Antigos e Novos Desafios. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano I, nº 1, jan./jun., 2000. p. 202- 203

apenas no retro consignado princípio da socialidade, como também no fato de que, “como todas as atividades humanas, o Direito não pode ignorar o tempo, dimensão essencial da vida. Sob esse aspecto há que se entender que o Direito é fruto da história.” (VENOSA, 2006, p. 261).

Dessarte, neste “Capítulo 2. Do melhor interesse da criança” percorre-se dois movimentos de execução: (i) inicialmente destrincha-se um breve “lineamento histórico do princípio do melhor interesse da criança” (ponto 2.1.), abordando-se o surgimento de tal direito em berço internacional, bem como o desenvolver de seu sucessivo alargamento no panorama do direito pátrio; (ii) após, busca-se compreender o conteúdo de tal princípio (ponto 2.2.), por intermédio de análise das interpretações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

## 2.1. LINEAMENTO HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O “princípio do melhor interesse da criança e do adolescente” encontra sua origem no instituto do *parentspatrie*, instituído na Inglaterra como uma prerrogativa de proteger os incapazes e suas respectivas propriedades. Após o processo de “centralização normativa”, ocorrido entre os sec. XVIII e XIX, a autoridade herdada pelo Estado passa a averiguar a necessidade de atuar como guardião de indivíduos com limitação jurídica.<sup>34</sup> Inicialmente tratava-se de uma delegação real, passando posteriormente às mãos da chancelaria o dever de proteger todas as crianças, loucos e débeis.<sup>35</sup>

É no caso *Finalay vs. Finalay*, que encontraremos o primeiro julgado a considerar o direito da criança prioritário face os demais: “ao julgar o *parentspatrie*, a

---

<sup>34</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar/coordenação Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 2

<sup>35</sup> No sec. XVIII passariam os Chanceleres a distinguir o direito de proteção do infante e do louco, o que abriria caminho para uma mais abrangente interpretação do instituto.

preocupação não deveria ser a controvérsia entre as partes adversas e nem mesmo tentar compor a diferença entre elas, 'o bem estar da criança deveria se sobrepor aos direitos de cada um dos pais'.<sup>36</sup> Não obstante, somente em 1836 que esse princípio se torna efetivo na Inglaterra.<sup>37</sup>

Nos Estados Unidos da América o princípio do *Best Interest* surgiria vinculado às atribuições do juiz quanto ao *parentpatrie* (Estado como guardião dos incapazes), sendo efetivamente introduzido com o julgamento do caso *Commonwealth vs. Addicks*<sup>38</sup>, pela Corte da Pensilvânia.

Em 1924, a questão toma fôlego em âmbito internacional pelo advento da Declaração de Genebra, a qual viria a reconhecer “a necessidade de proclamar a criança uma proteção especial”. Vinte quatro anos mais tarde, em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas postularia às crianças “o direito a cuidados e assistência especial”. Deste mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direito das Crianças (1959) determina no seu segundo princípio que

a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade de serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolve-se física, mental, moral, espiritual e social de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim a consideração fundamental a que atenderá será o interesse superior da criança.

Nessa seara de avanços, destaca-se a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90, a qual afirma o

<sup>36</sup> “GRIFFITH, referindo-se às origens históricas do referido instituto, reporta-se ao caso *Finalay vs. Finalay*, julgado pelo Juiz CARDOZO, em que ficou ressaltado que, ao exercitar o *parentspatrie*, a preocupação não deveria ser a controvérsia entre as partes adversas e nem mesmo tentar compor a diferença entre elas. O bem estar da criança deveria se sobrepor aos direitos de cada um dos pais.”. PEREIRA, 1999, *op. cit.* p. 02

<sup>37</sup> Muito embora, segundo Tânia PEREIRA, os casos *Rex vs. Delaval* e o caso *Blissetts* sejam conhecidos no Direito Costumeiro inglês como precedentes que consideram a primazia do interessa da criança.

<sup>38</sup> No caso *Commonwealth vs. Addicks*, a Corte da Pensilvânia afirma a prioridade do interesse de uma criança em detrimento dos interesses de seus pais. No caso em exame, a guarda da criança foi concedida à mãe acusada de adultério, já que este resultado representava o melhor interesse para aquela criança mediante as circunstâncias dadas.

mínimo que toda sociedade deve garantir às suas crianças, devendo servir de diretriz para todos aqueles que direta ou indiretamente trabalham em prol da população infanto-juvenil. Em seu art. 31, postula que

todas as ações relativas às crianças levadas a efeito por instituições públicas ou privadas, de bem estar social, tribunais, autoridade administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente o interesse maior da criança.<sup>39</sup>

É necessário ressaltar, que o art. 5º, § 2, da Constituição Federal, declara os direitos expressamente, sem excluir o dos tratados internacionais.

Ao ratificar essa convenção o Brasil incorporou em caráter definitivo o princípio do melhor interesse da criança em seu sistema jurídico e, sobretudo, tem representado um norteador importante para a modificação das legislações internas no que concerne à proteção da infância em nosso continente. (PEREIRA, 1999, p. 7).

Dessarte, o princípio do melhor interesse da criança, gerado em berço internacional, ingressa no ordenamento jurídico brasileiro, com investes de norma coagente de observância obrigatória – o que faz seu estudo ser de importância fundamental a presente pesquisa em seu objetivo de analisar a adoção de crianças e adolescentes por homossexuais, na medida em que por ele o judiciário é comprometido em priorizar as necessidades infantis (de toda ordem) quando frente à inserção de um infante em um novo seio familiar.

Observável que no Brasil a imersão deste princípio não se daria tão somente a pontual ratificação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, mas também como fruto de uma produção doutrinária e jurídica, que diante de amadurecimento tornou-se capaz de receber em seus braços esse importante advento. Esse desenvolvimento pode-se dizer marcado por três correntes

---

<sup>39</sup> DIREITO DAS CRIANÇAS: <http://www.direitosdacrianca.org.br/midia/legislacao/declaração-universal-de-direito-das-crianças>. Acesso em: 05 de setembro de 2009.

doutrinárias: “Doutrina do Direito Penal do Menor”, “Doutrina da Situação Irregular” e “Doutrina Jurídica da Proteção Integral”.<sup>40</sup>

A Doutrina do Direito Penal do Menor preocupou-se especialmente com delinquência, baseando a imputabilidade na pesquisa do discernimento. Consiste em imputar a responsabilidade ao menor em função do seu entendimento quanto à prática de um ato criminoso. Ao juiz era atribuída a competência se o jovem era ou não capaz de dolo.<sup>41</sup> Desse diapasão esclarece SPOSATO:

Na época da recém-instaurada República brasileira, crianças e adolescentes pobres começaram a ser identificados como pequenos bandidos, autores de delitos tipificados como vadiagem, mendicância, prostituição, furtos e roubos. É interessante observar que as primeiras estatísticas policiais produzidas no período de 1904 a 1906 já contavam com a presença de crianças e adolescentes: 20% eram autores nos crimes de vadiagem, 17% de embriaguez, 16% de furto ou roubo. A natureza, porém, dos atos praticados por crianças e adolescentes sempre foi significativamente distinta; os adultos eram responsáveis por 93,1% dos homicídios, contra 6,9% praticados por menores de 18 anos. (SPOSATO, 2006, p. 29-30).

Em 1963 foram criadas instituições para o Recolhimento Provisório de Menores entre os 14 e 18 anos que cometiam atos infracionais. Mais adiante tais instituições dariam lugar às Unidades de Internação provisória da Fundação do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), inaugurada em 1964, como objetivo nacional do governo militar. As ramificações estaduais e municipais da FUNABEM deram origem às FEBEM, que funcionavam com aparato médico, jurídico e pedagógico.

Dentro da ótica descrita, a criança ou o adolescente abandonado ou desassistido era considerado um futuro delinquente, sendo necessário contê-lo com a institucionalização e a privação de liberdade. Manifesta-se aí a doutrina da situação irregular, construção jurídica detalhada no Código de Menores de 1979, que permitia a institucionalização de jovens sem observância de regras e princípios na aplicação da mencionada medida, bem como permitia a continuidade da

---

<sup>40</sup> SPOSATO, Karyna Batista. O Direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, , p. 26-30 e p 49-52.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 26 -30

institucionalização dos maiores de 21 anos no sistema destinado a adultos, se não tivesse sido declarada a cessação da medida.

Nesse contexto, teve-se por mais de dez anos decisões tomadas, em nome da lei, fruto de um critério subjetivo do juiz, marcadas pela discriminação e desinformação.<sup>42</sup> Era tempo de uma política assistencialista fundada na proteção do menor abandonado ou infrator e na manutenção do *status quo* do atendido.<sup>43</sup> Muito embora o diploma legal já assegurasse o melhor interesse da criança e do adolescente, a consolidação desse princípio só viria com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e com a Constituição de 1988.

E, foi com o Advento da Carta Magna de 1988 que passou a vigorar em nosso país a Doutrina da Proteção Integral. Tal corrente vigente prospecta que a população infanto-juvenil deve ser protegida em qualquer situação, tendo seus direitos garantidos, sob, inclusive, prerrogativas idênticas as dos adultos. A proteção como prioridade absoluta, não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado: é um dever social.

As crianças e adolescentes - especialmente amparados em face da peculiaridade de sua incapacidade para os atos da vida jurídica, sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e sua titularidade de direitos fundamentais - são focos de direitos fundamentais consolidados no art. 227, da CF, sendo

dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup>TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 2.ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.263-307.

<sup>43</sup>*Ibidem*.

<sup>44</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Vade Mecun digitalizado Ed Redeel, 6 ed., 2009



Ademais, a doutrina e a jurisdição reconhecem à criança e ao adolescente a titularidade de direitos da personalidade e, dessa forma justificam a possibilidade de danos morais quando esses sofrerem lesões. Substitui-se, assim, o subjetivismo pelo garantismo.<sup>45</sup>

Desta feita, firma-se o Direito da Criança e do Adolescente como ramo criado a partir da Constituição Federal de 1988, inspirado na Doutrina de Proteção Integral e regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, prendendo-se a princípios gerais, a regras técnicas do direito, aos conceitos da Ciência jurídica.

Não obstante a falta de reconhecimento pleno por parte do legislador civil, é acertado dizer que o melhor interesse da criança e do adolescente, como corolário da Doutrina da Proteção Integral, é núcleo central de preocupações do sistema jurídico.

Partindo de sua gênese e percorrendo os caminhos da história, fez-se possível a compreensão da importância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no cenário jurídico contemporâneo. E é exatamente pelo papel basilar que esse princípio ocupa no cenário do Direito de Família Brasileiro que as demandas adotivas são regidas pelo seu conteúdo. Abordar o tema da adoção é também abordar a referida norma, visto que esta é indissociável daquela.

Assim, na mesma arena de debate da possibilidade de adoção por homossexuais, doutrinadores do Direito e Escolas de Psicologia passaram a discutir a relação entre “o princípio do melhor interesse da criança” e a “homoparentalidade”. É nesse sentido que compreender tal princípio torna-se fundamental à análise da possibilidade de adoção por homossexuais, objeto central da presente pesquisa.

---

<sup>45</sup> PEREIRA, 1999, *op. cit.*, p. 18

Contudo, até então o caminho fora no sentido de apresentar o desenvolvimento de tal princípio, a fim de compreender qual sua força cogente e sua relevância no cenário jurídico contemporâneo, restando ainda buscar a compreensão de qual o seu teor, intuito a que se debruça na seção seguinte.

## 2.2. TEOR DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E SEUS REFLEXOS À ADOÇÃO HOMOPARENTAL

O conteúdo do princípio do melhor interesse da criança<sup>46</sup> pode sofrer variações culturais, sociais e axiológicas,<sup>47</sup> face que a eleição de critérios de sua aplicação não leva em conta tão somente critérios materiais, como também outros indicadores fundamentais, tais como

a compreensão de seus desejos, a possibilidade de estabelecer vínculos afetivos estáveis, o fortalecimento da auto-estima e autoconfiança, o estímulo ao convívio social, a comunicação e o dialogo aberto(...). (NOVAES, 1999, p. 526).

Conseqüentemente, como propõe OLIVEIRA, a aplicação remete-se ao caso concreto:

É por esta razão que a definição de mérito só pode ser feita no caso concreto, ou seja, naquela situação real, com determinados contornos predefinidos, o que é o melhor para o menor. (2006, p. 92).

Entretanto, essa relativização não deixa de identificar o princípio como norma cogente - assertiva essa que não tão somente encontra fulcro na ratificação

<sup>46</sup> Quanto ao conteúdo do melhor interesse de criança e do adolescente oportuno ressaltar as ponderações de Ana Carolina Harmatiuk MATOS: “A expressão Melhor Interesse da Criança, contudo, apenas anuncia contornos gerais da normatividade. Pra muitos trata-se de um conceito jurídico indeterminado, o qual possui função de criar espaços de adequação do Direito à realidade social mutante. Outros ainda destacam que pode até afirmar tratar-se de uma clausula feral que se espraia por todo ordenamento jurídico e ‘contamina’ diversas questões correlatas. Valores éticos como o de dar conteúdo ao critério consagrado no Direito comparado Norte-Americano, na expressão *best interest of the child*, tem a vantagem de possuírem alta carga valorativa; mas baixa precisão de aplicabilidade. MATOS, Ana Carolina Harmatiuk. *Filiação e Homossexualidade*. In: PEREIRA, Rodrigo de Cunha. *Família e dignidade humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p 78.

<sup>47</sup> OLIVEIRA, Francisco José de. *Famílias não legisladas: Direitos Fundamentais e Normas Constitucionais de Inclusão*. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 92

da convenção da ONU, mas também no fato de que nos encontramos diante de um princípio especial. Desta feita, a observação do melhor interesse da criança – vez que se princípio norma o é <sup>48</sup> - se impõe as autoridades, cumprindo fundamental função dentro dos limites do próprio direito da criança e do adolescente.<sup>49</sup>

Nesse sentido,

a relatividade e o ângulo pelo qual se pode verificar qual a decisão mais justa passa por uma subjetividade que veicula valores morais perigosos. Para a aplicação do princípio que atenda verdadeiramente ao interesse dos menores, é necessário em cada caso fazer uma distinção entre moral e ética. A própria concepção de princípios, (...) leva a resposta negativa à pergunta acima formulada. Isto porque os princípios, diferentemente das regras, não trazem em seu bojo conceitos predeterminados. A aplicação de um princípio não o induz à base do tudo ou nada, como ocorre com as regras; sua aplicação deve ser *prima facie*. (OLIVEIRA, 2006, p. 91).

Destarte, o Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser compreendido a luz da Doutrina da Proteção Integral, conforme a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal em 2005, em Habeas Corpus nº 85.598-9, de cujo relator fora o Min. Marco Aurélio

A interpretação da Lei nº 8.069/90 há de ocorrer a luz do Capítulo VII do título VIII da Constituição Federal, dos artigos da Criança e do Adolescente com ênfase ao objetivo visado à proteção do menor, à integração no convívio familiar e comunitário, preservando-lhe, tanto quanto possível, a liberdade e o afastamento de ambiente que se mostra, sob todos os prismas nocivo como é o da internação, dadas as dependências existentes a estrutura tão mal cuidadas pelo Estado (STF, 2005) <sup>50</sup>

<sup>48</sup> CANOTILHO (2000, p. 1123) fornece a explicitação da idéia de que o sistema jurídico deve ser visto como um sistema normativo aberto de regras e princípios: (i) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (ii) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica traduzida na disponibilidade e “*capacidade de aprendizagem*” das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’; (iii) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (iv) é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras. Por sua vez, Dworkin (1982, p. 90) mostra que, nos chamados casos-limites ou *hard cases*, quando os juristas debatem e decidem em termos de direitos e obrigações jurídicas, eles utilizam *standards* que não funcionam como regras, mas, trabalham com princípios, política e outros gêneros de *standards*. Princípios (*principles*) são, segundo este autor, exigências de justiça, de equidade ou de qualquer outra dimensão da moral, e que junto com as regras compõem o sistema jurídico. DWORKIN, Ronald. *I dirittipresi sul serio*. Bologna: ilMulino, 1982; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

<sup>49</sup> PEREIRA, 1999, *op. cit.* p. 26-28

<sup>50</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus n. 85.598/SP - São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio.

Em 2008 a decisão fora reafirmada no julgamento do Habeas Corpus 88.473/SP, de mesmo relator.

Ora, conforme ficou ressaltado quando do julgamento do habeas corpus nº 85.598-9/SP, por mim relatado, perante a Primeira Turma, em 25 de outubro de 2005, a interpretação é medida excepcional, a ser usada somente em situação concreta que, á luz do art. 122 do Estatuto da criança e do Adolescente , autorize-a. Eis que a ementa do citado acórdão:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - INTERPRETAÇÃO. O Estatuto da Criança e do Adolescente há de ser interpretado dando-se ênfase ao objetivo visado, ou seja, a proteção e a integração do menor no convívio familiar e comunitário, preservando-se-lhe, tanto quanto possível, a liberdade. (BRASIL, STF, 2008). [grifo meu].<sup>51</sup>

Nesse diapasão, o Estado é incitado a atentar a essa proteção a criança e ao adolescente, assim como - sendo parte integrante da representação infantil - garantir a presença do acolhimento do melhor interesse da criança e do adolescente em todas as áreas de atendimento à família. Não diferente seria com instituto da adoção, pelo qual o Judiciário reclama para si o dever de refletir e reafirmar em suas decisões esse importante princípio.

A colocação de um infante em uma família substituta, em qualquer de suas formas (guarda, tutela e adoção), corresponde, na atualidade, a uma medida de proteção, aplicada quando se mostrar inviável a manutenção da criança junto à família natural. Mais do que uma questão jurídica, o processo adotivo deve constituir-se em uma postura diante da vida, em uma opção, uma escolha, que tem sua raiz no desejo.

Os propositores da demanda inevitavelmente vivenciaram antes, durante e depois das formalidades do processo adotivo o aflorar de angustiantes sentimentos: de rejeição, de perda, de dor, de alegria, de expectativa e (no caso dos pares) o de luto do filho “de ti” em prol do filho “contigo”. É evidente que se deve valorizar todo

---

<sup>51</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus n. 88.473/SP - São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio.

desgaste emocional vivido pelo almejo da criança pretendida, porém já se põe o sol do tempo em que eram os demandantes os protagonistas.

Hoje, conforme aponta Luiz Edson FACHIN o instituto da adoção não mais se direciona a função de prover filhos a quem a natureza os negou, mas, no entanto, investe-se de caráter social.<sup>52</sup> Outrossim, é a Doutrina da Proteção Integral que fornece as principais balizas. Assim, compreende-se que o recebimento de um infante no seio de uma família deve levar em conta em *prima facie* o melhor interesse da criança e do adolescente, como pontua Tânia Alves PEREIRA, em sua análise sobre os direitos fundamentais e os princípios constitucionais que revestem o processo adotivo:

Destacamos especialmente, o princípio do melhor interesse da criança, indicado no art. 3º da Convenção Internacional sobre os direitos da Criança (ONU, 89) ao declarar que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”. (PEREIRA, 2002, p.140)

Desta feita, é o adotado o maior interessado a quem se destinam as normas que disciplinam a matéria. É nessa seara que reiteradas decisões dos Tribunais Superiores e a doutrina prevalente entendem que a adoção é uma medida de

---

<sup>52</sup> O conceito de “instituto” pode trazer algumas indagações, dúvidas ou debates. Contudo, por não pretender o presente trabalho alçar vôo nas presentes discussões doutrinárias acerca da definição do que viria a ser *instituto*, o artigo já partirá do ponto como que pacificado fosse. Para tal, elenca conceito trazido por Paulo NADER, segundo o qual “instituto jurídico é a reunião de normas jurídicas afins, que rege um tipo de relação social ou interesse e que se identifica pelo fim que procura realizar.” O autor ainda esclarece: “É uma parte da ordem jurídica e, como esta, deve apresentar algumas qualidades: harmonia, coerência lógica, unidade de fim. Enquanto a ordem jurídica dispõe sobre a generalidade das relações sociais, o instituto se fixa apenas em um tipo de relação ou de interesse: adoção, pátrio poder, naturalização, hipoteca etc. Considerando-os análogos aos seres vivos, pois nascem, duram e morrem, Ihering chamou-os de corpos jurídicos, para distingui-los de simples matéria jurídica. Diversos institutos afins formam um ramo, e o conjunto destes, a ordem jurídica” (NADER, 1998, p. 100). Quanto à retro conceituação, embora guardadas considerações de que não se trate da melhor definição, entende-se que pela notoriedade que se fez em meio acadêmico seja a escolha mais acertada à presente metodologia de trabalho. Para um aprofundar da matéria, ver também: REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 14ª Ed., 1987, p. 190-191; GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 62; NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 16ª ed., p. 100.

proteção aos direitos da criança e do adolescente e não um mecanismo de satisfação de interesses dos adultos.

Em acórdão, o STJ de Minas Gerais dá provimento ao pedido de adoção de um casal que, desprestigiando aquele que se encontra cadastrado para adotar, acolheu uma criança recém nascida e aforou ação de adoção, com consentimento da mãe biológica. Reformando a decisão, indefere-se ainda a busca e apreensão solicitada pelo Ministério Público. Em seu voto, o relator, Alberto Vilas BOAS, aponta:

Conforme salientado na decisão que suspendeu a eficácia da liminar, a argumentação empregada na decisão interlocutória encontra-se desvirtuada do critério eleito pelo legislador para fundamentar o instituto da adoção, qual seja o melhor interesse da criança. Sim, porque a temática da adoção faz-se presente na história da humanidade desde os primórdios e o gesto da adoção - trazer para a instituição familiar crianças que tem uma origem biológica diversa - representa a possibilidade da construção de vínculo afetivo que visa, antes de tudo, o bem-estar do adotado e sua formação digna como pessoa humana. (...) Neste sentido, enfatiza Luiz Edson Fachin que "a adoção constitui espaço em que a verdade socioafetiva da filiação se manifesta com ênfase inegável. Mais do que laços de sangue, o que une o adotante e o adotado são os laços de afeto, que se constroem no espaço da convivência familiar. Contemporaneamente, o leitmotiv que conduz a racionalidade dessa figura jurídica é o escopo de oportunizar a inserção do adotado em um ambiente familiar, com sua plena integração, de modo a, em um espaço de coexistência fundado no afeto, atender às suas necessidades de crescimento e desenvolvimento psíquico, educacional e afetivo." - (Comentários ao Novo Código Civil. Volume XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 151). (...) A determinação legal que institui o cadastro de habilitados à adoção é medida salutar que permite maior agilidade e segurança nos processos de adoção de crianças com situação fática já definida e consolidada; contudo, não pode ser encarada como única forma de realização da adoção, uma vez que esta não produz somente efeitos jurídicos. Não se trata de legitimar a "adoção à brasileira" ou retirar do Poder Judiciário a competência para aferir a validade da adoção, mesmo porque a ação judicial pressupõe avaliação social e psicológica de quem requer o estabelecimento do vínculo adotivo. (...) De acordo com as correntes psicológicas que estudam a formação da personalidade, o vínculo afetivo, ao contrário do afirmado pelo Juiz a quo, estabelece-se desde os primeiros contatos entre a criança e o par parental principalmente se este é feito dentro de uma atmosfera saudável e de respeito mútuo. (BRASIL, STJ/MG, 2008). [grifo meu]<sup>53</sup>

Igualmente, compreendeu STJ do Rio de Janeiro:

Não se contesta a validade da lista de adoção, que, sem dúvida, deve ser obedecida, a fim de evitar-se possíveis irregularidades no procedimento de adoção. (...) Todavia, *in casu*, determinar a ida do menor para um abrigo,

<sup>53</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0707.07.130866-2/001(1) – Minas Gerais. Relator: Des. Alberto Vilas Boas.

retirando-o dos braços e cuidados dos agravantes não parece ser a melhor solução para o caso, mormente porque a criança se encontra, desde o primeiro dia de vida, conforme o depoimento da própria mãe biológica do menor, sob os cuidados dos agravantes, devendo-se ponderar entre o interesse do menor e a autoridade da lista de adoção. (...) Prevalente é o interesse do menor.(STJ/RJ, 2008).<sup>54</sup> [grifo meu]

Nessa mesma esteira de interpretação jurisprudencial que veio a lume recente (2010) decisão do STJ, que em sede de Recurso Especial, concedeu a adoção a um par homossexual. O fundamento central do voto do Relator Min. Luis Salomão consubstanciou-se na proteção ao *princípio do melhor interesse da criança e do adolescente*, como bem se observa pelo seu voto, aqui parcialmente transcrito *in verbis*:

Com efeito, em se tratando de adoção de crianças, há vários interesses envolvidos – daqueles que pretendem adotar, dos menores, do Ministério Público, da sociedade em geral. Todavia, mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.

Por isso mesmo, a matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. É o que se depreende do artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

(...)

“Postas as premissas, passo ao exame do caso, a fim de verificar se estão aqui concretamente atendidos os interesses dos adotandos. E, também sob esse aspecto, a resposta é favorável à apelada. (BRASIL, STJ, 2010). [grifo meu]

O ser humano, no início da sua vida, na infância e em certa fase da juventude, necessita de cuidados especiais. Precisa de quem o crie, o eduque, ampare, defenda, guarde e cuide dos seus interesses. Homens criados nos padrões de uma família, com educação e cuidado, obterão uma formação mais elevada, o que terá fundamental influência na formação da sociedade como um todo.

<sup>54</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 2008.002.09325 – Rio de Janeiro. Relator: Des. Jose Carlos Paes. Décima Quarta Câmara Cível - 2ª Ementa.

A família substituta, como o próprio nome diz, substitui a família natural, que é aquela na qual a criança ou adolescente tem direito de, prioritariamente, ser criada e educada. Abrigos e ruas constituem os principais destinos da infância longe de sua família, seja ela biológica ou adotiva. São inúmeras as crianças e adolescentes que foram abandonados ou afastados de suas casas, vítimas de violência, rejeição e maus tratos. Nesses casos o sentimento de solidão é tão inevitável quanto o sonho e a esperança de um dia reencontrar seus pais ou “ganhar” uma família substituta.

No entanto, por vezes, crianças passam a adolescentes, e depois a adultos, sem que em sua trajetória tenham se deparado com a oportunidade de receber uma única sensação de afeto. Não atentos, tão pouco comovidos, a essa realidade, alguns doutrinadores ou tribunais tem-se posicionado quanto à impossibilidade de adoção homoparental, o que, em verdade, endossa um sem sentido coro que diz que mais vale não ser amado que ser amado por um pai/mãe homossexual: refutai-lhes as pesquisas científicas na área (tema que será devidamente tratado no Título III, Capítulo 1.) que apontam o contrário.



### **CAPÍTULO 3. DA ADOÇÃO: UMA ANÁLISE DO CONTEXTO LEGISLATIVO BRASILEIRO**

A presente jornada não poderia se iniciar se não houvesse uma bússola capaz de situar os navegantes que percorrerão o caminho, afinal, sem rumo, não há “vento que ajude”. Nesse sentido, na guisa da compreensão da adoção homoparental, é que se entendeu oportuno discorrer nos anteriores dois capítulos acerca (i) da formação do novo entendimento de família (Capítulo 1) e do (ii) “princípio do melhor interesse da criança” (Capítulo 2) - uma vez que o presente trabalho se debruça sobre a adoção, e essa só pode ser entendida a luz desses dois balizamentos.

Destarte, a superação do tradicional conceito família, estruturado sobre relação de ascendência e descendência biológica, e a adoção da Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente torna profícuo novos debates sobre o instituto da adoção. O renovado Direito de Família firma tendência em atribuir aos laços sócio-afetivos o status de um de seus principais alicerces, e o instituto da adoção, como expressão da solidariedade e do afeto, reflete esse novo contexto.

Se em antevô a adoção se fazia visando o atendimento de uma vontade do adotando, fundada na oportunidade de legar filhos a quem a natureza os negou, hoje, todavia, diante da contraposição do Direito do adotante e do adotado, a balança pesa em favor desse último.<sup>55</sup> Nesse diapasão ressalta professor FACHIN (2003-a, p. 151) que

A adoção constitui espaço em que a verdade socioafetiva da filiação se manifesta com ênfase inegável. Mais que os laços de sangue, o que une o adotante e o adotado são os laços de afeto, que se constroem no espaço de convivência familiar.

---

<sup>55</sup>Nesse sentido, postula FACHIN: “A adoção deixa de ser instrumento para dar filhos a quem não os tem, mas sim passa a ser escopo de oportunizar a criança e ao adolescente e plena inserção em uma ambiente familiar ao seu desenvolvimento.” FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao novo Código Civil, Volume XVIII: do direito de família do direito pessoal, das relações de parentesco. Rio de Janeiro: Forense, 2003-a, p. 152.

Contemporaneamente, o *leitmotiv* que conduz a racionalidade dessa figura jurídica é o escopo, com sua plena integração, de modo a, em um espaço de coexistência fundado no afeto, atender às suas necessidades de crescimento e desenvolvimento psíquico, educacional e afetivo. (FACHIN, 2003-a).<sup>56</sup>

Longo foi o caminho que nos levou a esse entendimento, e diversas são as interpretações à se fazerem a sua luz. Assim, tendo como objetivo principal a defesa da possibilidade de adoção por homossexuais, é necessário compreender os contornos a que se investe a adoção contemporânea, e interpretá-la em consonância ao melhor interesse da criança. Utiliza-se para tal objetivo o estudo do lineamento do histórico do instituto, intento que no presente capítulo se realizará em dois momentos, a ser o que observa a adoção em um contexto (i) pré-Constituição de 1988 e o que observa a adoção em um contexto (ii) pós-Constituição de 1988, quando damos por fim o primeiro Título da presente pesquisa, encerrando o baldrames dos pressupostos epistemológicos necessários a esta jornada.

### 3.1. ADOÇÃO NO BRASIL PRÉ-CONSTITUIÇÃO DE 1988

A palavra adoção deriva do latim, *adoptio*, que significa dar seu próprio nome. Perdem-se na noite dos tempos as origens históricas deste instituto,<sup>57</sup> sendo que seu berço remonta os povos pré-romanos: fora minuciosamente disciplinada no Código de Hamurabi, como também pelas Leis de Manu (IX, 10) e os povos do Egito, da Caldéia e da Grécia, cada qual com seu próprio conteúdo, com como em seu contexto histórico respectivo. <sup>58</sup>

Em âmbito nacional, é como Código Civil de 1916 que se tem pela primeira vez no cenário brasileiro o instituto da adoção disciplinado de forma sistemática (arts. 368 - 378),<sup>59</sup> sendo que o tratamento da matéria se fez “de acordo com os princípios

<sup>56</sup> *Ibid.*, 2003-a, p. 151.

<sup>57</sup> CHAVES, Antonio. Adoção. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 47

<sup>58</sup> *Ibid.*, 1995, p. 47- 48

<sup>59</sup> O primeiro movimento nacional acerca da adoção foi realizado por TEIXEIRA DE FREITAS, em sua Consolidação das Leis Cíveis, quando fez uma breve referência ao instituto no art. 217: “Aos juízes de

dominantes do Direito Romano, isto é, com o específico escopo de atribuir filhos a quem a natureza os negou” (LEITE, 2005, p. 253).

A regulamentação da adoção, contudo, não se tratou de consenso entre os doutrinadores, sendo que certos juristas – dentre eles COELHO DA ROCHA, Duarte de AZEVEDO, Hermendildo De BARROS, José MANJARDIM, José Soares ARRUDA, Lafayette Rodrigues de PEREIRA, Virgílio Antonio de CARVALHO - consideravam-na criação ficta não pertinente, por não corresponder à realidade das coisas, alegando que a filiação não era nem podia ser obra senão da natureza.<sup>60</sup>

Nada obstante a estas insurgências iniciais a adoção brasileira veio para ficar, e, na esteira legislativa da codificação de 1916, fora definida por Antônio CHAVES como sendo

ato sinalagmático e solene, pelo qual obedecido os requisitos da lei alguém estabelece, geralmente com um estranho, vínculo ficto de parentalidade e filiação legítimas, de efeitos limitados e sem total desligamento do adotando da sua família de sangue. (1995, p. 23).

O adotante, obrigatoriamente desprovido de prole legítima, deveria ser maior de 50 anos e no mínimo 18 anos mais velho que o adotado.<sup>61</sup> A adoção conjunta só era legítima no regime matrimonial.

“No que se referia ao adotado, ele tinha direito de optar entre a conservação de sua adoção ou pelo seu desligamento, no caso de entender não lhe convir, no prazo de um ano, a contar da data da concessão de sua maioridade, ou interdição, mediante notificação.” (BOCHNIA, 2008, p. 24).

Quanto pela Lei 3.133, que se depara com uma alteração substancialmente importante do instituto, cambiando intrinsecamente a estrutura da adoção: o foco não mais residiria tão somente em atender o interesse pessoal do adotante,

---

primeira instância compete conceder cartas de legitimação aos filhos sacrílegos, adulterinos e incestuosos, e confirmar as adoções; precedendo as necessárias informações e audiências dos interessados, havendo-os.” Posteriormente, o mesmo autor, tratou de regulamentar a matéria do instituto de forma minuciosa em seu trabalho denominado Esboço, nos artigos 1.625 a 1.633. A adoção foi ainda objeto de estudo na obra “Nova Consolidação das Leis Cíveis”, desenvolvida por Carlos de Carvalho, compreendida entre seus artigos 1.635 a 1.640.

<sup>60</sup> CHAVES, 1995, *op. cit.*, p. 24-26

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 56-57

passando-se a investir a filiação adotiva de sentido pessoal e de uma finalidade social.<sup>62</sup> A idade mínima para adotar diminui em 20 anos, alterando-se para 30 anos de idade. A existência de prole (legítima ou ilegítima) seria indiferente.<sup>63</sup>

Passados 38 anos, surge uma possibilidade de melhora do vínculo parental entre adotante e adotado: sem revogar a Lei 3.133/1957, a Lei 4655/1965, ao alterar os artigos do Código Civil sobre a matéria, é parteira da possibilidade de completo desligamento do adotado à família de origem.<sup>64</sup> Para tal, criam-se duas modalidades de adoção: a “adoção simples” e a “legitimação adotiva”.<sup>65</sup>

Pela exigência da Lei 6.697/1979, dita Código de Menores, a adoção plena substituiria a legitimação adotiva. Para Eduardo de Oliveira LEITE trata-se de uma alteração de pouca importância, uma vez que não se altera significativamente o instituto da legitimação adotiva; ambas consistiam em espécie de adoção pela qual o infante adotado passa a ser irrevogavelmente filho dos adotantes.<sup>66</sup>

Sobre a supracitada lei elucida Antonio CHAVES:

Dispondo o art. 27 da Lei 6.697 de 10/10 de 1979 que a adoção simples de menor em situação irregular reger-se-ia pela lei civil, observando o disposto nesse mesmo Código de Menores, instituiu ao lado da tradicional a nova modalidade de “adoção simples

Revelou, assim, o legislador falta de coragem para aproveitar a oportunidade de uma consolidação e incorporação de todos os dispositivos das leis complementares, reformulando o edifício inteiro desde suas bases. (1995, p. 56-57)

<sup>62</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado, Volume 5.: Direito de Família*. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2005, p. 255

<sup>63</sup> Cabe lembrar que, tal qual o Código Civil de 1916, a Lei 3.133/1957 admitia adoção simples ou restrita, na qual o vínculo de filiação que se estabelece entre o adotante e o adotado é limitado. O adotado, embora inserido em um novo círculo familiar continuava vinculado à família biológica, e além disso, podia se desvincular da adoção quando atingisse a maioridade. (LEITE, 2005, p. 485).<sup>63</sup>

<sup>64</sup> BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da Adoção: Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito De Família*, 2008. 223f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p 29-30

<sup>65</sup> A adoção simples consiste em ato contratual realizado mediante escritura pública passível de revogação. Era a concernente ao vínculo de filiação que se estabelece entre o adotante e o adotado, que pode ser pessoa maior ou menor entre 18 a 21 anos, mas tal posição não era definitiva ou irrevogável. Já a legitimação adotiva, consiste em ato judicial irrevogável, realizado mediante sentença constitutiva.

<sup>66</sup> LEITE, 2005, *op. cit.*, p. 485-486

Esse primeiro momento legislativo brasileiro, iniciado pelo Código Civil de 1916, encontra-se imerso em um sistema no qual o interesse do infante pode dizer-se preterido. Ora, em um cenário onde ser filho adotivo é ser “menos que filho” evidentemente que não se pode dizer que há uma verdadeira preocupação com o desenvolvimento psico-social mais benéfico do infante. É com o advento da Lei Maior de 1988 que este contexto começa a se alterar.

### 3.2. ADOÇÃO NO BRASIL PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988

O novo passo no desenvolvimento do instituto seria marcado pelo movimento de constitucionalização do Direito de Família, instaurado com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Igualam-se todas as filiações, extinguindo-se a distinção entre filho biológico e filho adotivo; filhos havidos ou não na constância do casamento (artigo 227, § 6º). Nessa esteira, não fazia mais sentido a diferença entre adoção simples e plena, abolindo-se tal discriminação.

A Lei Maior, ainda viria consagrar normas direcionadas especialmente aos infantes, estabelecendo como competência da União e dos Estados (art. 24, XI, CF) legislarem sobre a proteção à criança e ao adolescente. Aderindo-se a convenção dos Direitos da Criança da ONU, o *melhor interesse da criança e do adolescente* passa a ser diretiva fundamental, devendo o deferimento de adoção considerar, necessariamente, vantagem real para o adotado.

Dois anos passados, em 1990, introduz-se pela Lei n. 8.069/90 o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA),<sup>67</sup> o qual revoga a Lei n. 6.697/79.<sup>68</sup> A Doutrina da Proteção Integral definiria as bases sólidas: a criança não é apenas mais uma pessoa no mundo, nem um objeto de direito de seus pais. É, sim, um sujeito de

---

<sup>67</sup> A adoção está codificada no capítulo que trata do direito à convivência familiar, na seção que fala sobre a família substituta (Livro I, Título II, Capítulo III, Seção III do Estatuto).

<sup>68</sup> LEITE, 2005, *op. cit.*, p. 485

direitos, ser humano socializável, necessitado de maiores cuidados enquanto passa por uma fase de peculiar desenvolvimento biológico, psíquico e social.<sup>69</sup>

Pelo Estatuto, critérios materiais e formais são modificados. Ressalta-se a alteração da competência do conhecimento do pedido, da idade mínima do adotante (a qual passa a ser de 21 anos de idade) e a necessidade do consentimento do adotado (quando maior de 12 anos de idade). A adoção, uma vez que passa a extinguir definitivamente os vínculos da criança ou adolescente com sua família de origem, começa a ser visualizada como medida última, aplicada somente quando esgotados os recursos de manutenção na família biológica.<sup>70</sup>

Destarte,

a lei nº 8069/90 criou mais que uma nova justiça. Ele [ECA] estabelece o Estado democrático de direito numa esfera em que esteve ausente desde a nova formulação histórica. Ela aboliu o arbítrio e o subjetivismo, consagrando o Direito e dignificando a justiça. (MARQUES, 1999, 470).<sup>71</sup>

A implementação do Código Civil de 2002, ao regular o instituto da adoção em seus artigos 1.618 a 1.629, não viria a revogar expressamente o ECA, uma vez que com ele não era incompatível, por conter as mesmas diretrizes. Sem alterar as

<sup>69</sup> Neste obstante, legitima-nos Washington de Barros MONTEIRO, ressaltando que o Estatuto vem “disciplinando a adoção da criança e do adolescente, no sentido de assegurar-lhes proteção integral, que, de resto, é a filosofia predominante em todos os seus dispositivos, garantindo-se o cumprimento pelo Estado, sob diversas formas de intervenção”. MONTEIRO, Washington de Barros, Curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 287

<sup>70</sup> Das principais mudanças em matéria adotiva implementadas pelo ECA, ressalta-se: (i) a competência do conhecimento dos pedidos de adoção de crianças e adolescentes remeteu-se, ao Juiz da Vara de Infância e Juventude; (ii) o adotado deveria contar com no máximo 18 anos à data do pedido, salvo se estiver sob guarda ou tutela dos adotantes; (iii) a filiação adotiva rompe todo e qualquer laço da filiação natural com a família original, sendo que mesmo após a morte dos adotantes não se restabelece vínculo familiar com a família biológica;<sup>70</sup> (iv) a idade mínima do adotante passa ser de 21 anos, atentado-se porém que a diferença de idade para com o adotado seja de 16 anos; (v) A adoção internacional é tratada como forma de adoção especial, com exigências e procedimentos próprios; (vi) para se iniciar o processo de adoção passa ser necessário o consentimento dos pais naturais, exceto quando eles sejam desconhecidos ou destituídos do poder familiar; (vii) deve o adotando, quando maior de 12 anos de idade, concordar com a adoção; (viii) vedou-se a adoção por procuração.

<sup>71</sup> MARQUES, Márcio Thadeu Silva. In: PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar/coordenação Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 470

bases materiais nem as regras de direito procedimental, a nova legislação civil muito pouco implementa à matéria, disciplinando o instituto de forma global.<sup>72</sup>

A idade mínima do adotante reduz-se para 18 anos, harmonizando-se assim com a maioridade civil. Nessa (pequena) esteira de mudanças, a adoção do maior deixa de ser por escritura pública. A “adoção unilateral pela qual a substituição da filiação se dá apenas com relação a um dos pais” também foi matéria tratada, ficando instituído que o adotado mantém o vínculo com o outro genitor.

Nesse passo de evoluções legislativas em matéria de adoção, cita-se, por fim, a Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, nominada Lei Nacional de Adoção, cujo sentido é dispor “sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes”,<sup>73</sup> revogando os arts. 1.620 a 1.629, e conferindo nova redação dos arts 1.618 e 1.619, concentrando a matéria (no que refere-se a adoção de infantos) no ECA.<sup>74</sup>

Garantia de assistência psicológica às mães que pretendem entregar seus filhos à adoção,<sup>75</sup> criação de um cadastro nacional e de cadastros estaduais de crianças e adolescentes em condição de serem adotados e de pessoas habilitadas para adoção, um maior respeito à cultura do adotado,<sup>76</sup> inserção do conceito da

<sup>72</sup> BOCHNIA, *op. cit.* p 40

<sup>73</sup> BRASIL. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Diário Oficial da União, 30 agosto 2009.

<sup>74</sup> BRASIL. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Art. 8º Revogam-se o § 4º do art. 51 e os incisos IV, V e VI do caput do art. 198 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, bem como o parágrafo único do art. 1.618, o inciso III do caput do art. 10 e os arts. 1.620 a 1.629 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e os §§ 1º a 3º do art. 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. BRASIL, Código Civil, Art. 1618, “(...) a adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei nº 8.069.”. Vade Mecun digitalizado Ed Redeel, 6 ed., 2009.

BRASIL, Código Civil, Art. 1619, “(...) a adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069.”. Vade Mecun digitalizado Ed Redeel, 6 ed., 2009.

<sup>75</sup> As mães que demonstram interesse em entregar seu filho para adoção passam a dispor de assistência psicológica, bem como são obrigatoriamente encaminhadas ao poder público (segundo nova redação de arts. 8º e 13 do ECA).

<sup>76</sup> Outro advento da Lei 12.010/09, refere-se a nova redação dada ao art. 28, ECA, o qual representa um voto do respeito à cultura do adotado, abandonando-se o paradigma etnocêntrico, prevendo que menor indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo deve ter considerada e

*família extensiva* <sup>77</sup> no Direito pátrio e substituição da expressão “pátrio poder” por “poder familiar”,<sup>78</sup> são alguns dos adventos dessa Lei.

Admitindo-se o benefício do acolhimento familiar ao infantes, impõe-se que a temporada de menores no programa de acolhimento familiar ou institucional, não deve estender-se a tempo superior de dois anos. Durante esse período deve o criança/adolescente ter sua situação reavaliada a cada (no máximo) seis meses. De suma importância ressaltar, que o caráter de multidisciplinaridade da avaliação é exposto, pois, como bem indica FERREIRA:

não se pode prescindir de recorrer a outras ciências para prevenir violações e proteger direitos. É prioritária a integração entre as disciplinas, sobretudo entre aquelas que diretamente irão contribuir para a proposta maior de proteção de novos “sujeitos de direitos”. Encontraremos na Psicologia, Pedagogia, Medicina, Sociologia, etc., recursos técnicos e princípios dogmáticos para que os fins sociais previstos na lei 8069/90 sejam atingidos. (FERREIRA, 1999, p. 267)

No que tange a possibilidade de adoção conjunta, não se realizou nenhuma material modificação, ocorrendo tão somente a reafirmação de que apenas aqueles pares que estiverem sob o regime do casamento ou da união estável possuem legitimidade para requerer o pedido.

Nessa esteira, entende-se que embora o desenvolvimento da regulação do instituto da adoção represente um caminho rumo a um alargamento da tangência à realidade fática, a impossibilidade de adoção por pares não contemplados com o

---

respeitada sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, devendo a colocação familiar ocorrer prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia.

<sup>77</sup> O conceito de família extensa passa a integrar o direito pátrio, dada a nova redação do Parágrafo único, do art. 25: “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.”. Passa a prestigiar a adoção dentro da família, mesmo que não sendo os parentes diretos da criança e do adolescente.

<sup>78</sup> A expressão pátrio poder poderia levar a interpretação ligeira de serem os pais os únicos titulares ativos, e os filhos sujeitos passivos. Há muito tempo que o pátrio poder perdeu o vigor da *potestas* do *pater familias*, para ir se atenuando e, vindo a ser compartilhado com mãe em igualdade de condições. O fato de os filhos serem titulares de direitos correspectivos, leva a uma busca de maior precisão por uma alteração da expressão, como bem observou o legislador.



status de união estável, bem caracteriza que o abandono do caráter restritivo e a priorização do afeto ainda se fazem insuficiente.

É impende reconhecer que, ainda, “a exclusão se opera em relação às pessoas ou situação as quais a porta de entrada na moldura das titularidades de direitos e deveres é negada.” (FACHIN, 2003-a, p. 325). Colhe-se também uma legislação e um Judiciário não ajustado a atual pluralidade de modelos familiares. Nesse viés, serve de exemplo a preferência do legislador pelo silêncio no que diz respeito à adoção por homossexuais.

Se por ventura um sujeito homossexual isoladamente pretender adotar um infante seu caminho será menos tortuoso do que o da adoção por aquele percorrido por um casal homossexual que pretenda a adoção conjunta. Isso porque nosso ordenamento jurídico permite a adoção por solteiros, não proibindo expressamente a adoção em razão da orientação sexual do adotante. Já em se tratando de adoção conjunta homoparental esbarra-se no §2º do art. 42 do ECA prevê que para tal “é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família” e no §3º do art. 226 da CF prevê que “é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar”.

Por um lado o Judiciário já passa a apresentar posicionamentos favoráveis à adoção homoparental, rompendo-se o preconceito face uma interpretação que privilegie o infante - a exemplo de recente (2010) decisão do STJ que concedeu à adoção a par homossexual (Recurso Especial nº 889.852). Por outro lado a polêmica da questão se faz evidente pela interposição ao Legislativo de Projetos de Lei que visam à vedação da adoção por casais homossexuais. Dentre esses cita-se o PL. 4508/2008 e o PL 7018/2010.

De autoria do Deputado Olavo Calheiros, o Projeto de Lei 4508/2008 visa alterar o parágrafo único do art. 1618 do Código Civil, o qual passaria a vigorar com a seguinte redação: “Parágrafo único. A adoção poderá ser formalizada, apenas por casal que tenha completado dezoito anos de idade, comprovado o casamento oficial e a estabilidade da família, sendo vedada a adoção por homossexual.”

A fundamentação do Projeto se consubstancia na noção de que

A adoção por casais homossexuais pode expor a criança a sérios constrangimentos. Uma criança, cujos pais adotivos mantenham um relacionamento homoafetivo, terá grandes dificuldades em explicar aos seus amigos e colegas de escola, por exemplo, porque tem dois pais, sem nenhuma mãe, ou duas mães, sem nenhum pai. (...)

É dever do Estado por a salvo a criança e o adolescente de qualquer situação que possa causar-lhes embaraços, vexames e constrangimentos. A educação e a formação de crianças e adolescentes devem ser processadas em ambiente completamente adequado e favorável a um bom desenvolvimento intelectual, psicológico, moral e espiritual.

Posição semelhante é a do Projeto de Lei 7018/2010 de autoria do Deputado Zéquinho Marinho, pelo qual se visa alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente no sentido de inserir proibição expressa à adoção por casais homossexuais. Ressalte-se inclusive que as fundamentações deste projeto são semelhantes às daquele retro citado.

Em contraponto, plausível parece a sustentação de que as proposições dos referidos Projetos de Lei representam um retrocesso aos idos tempos pré-Constituição de 1988 em dois sentidos: (i) afastam o Melhor Interesse da Criança e a Doutrina da Proteção Integral, posto caminhar em contra-senso com os estudos científicos acerca do tema, os quais apontam que o desenvolvimento psico-social de crianças criadas por homossexuais é semelhante ao de crianças criadas por heterossexuais <sup>79</sup> – e, portanto, o impedimento a adoção por homossexuais, na medida em que representa um número menor de pessoas dispostas a conceder lar e

---

<sup>79</sup> Tema que será devidamente tratado no Título 3, Capítulo 2.

afeto à infâncias, é em última instância um atentado contra o próprio interesse social;

(ii) são repletas de carga discriminatória não técnica, embasando suas conclusões apenas em totens e tabus, e, nesse sentido, representando forma atentatória aos Direitos Humanos, expressamente positivados pelo constituinte.

Essas retro conclusões acerca dos referidos Projetos de Lei, bem como as por vir postulações acerca da possibilidade de adoção homoparental fazem sentido quando imersas em um contexto da família baseada no afeto e em um ordenamento observante do princípio do melhor interesse do menor. Ora, evidentemente não havia berço para cogitação da adoção homoparental em uma sociedade matrimonializada que se fundava a luz do elo biológico. Contudo, com a luz das novas diretrizes que aponta o Direito de Família, hoje se há.

## **TÍTULO II. O ADOTADO, O ADOTANTE E A PSICOLOGIA.**

### **CAPÍTULO 1. O INFANTO ADOTADO E A PSICOLOGIA**

Pensar no infante adotado como sujeito, emanante de direitos de personalidade, não pode ser um exercício alienado de atenção ao específico momento de desenvolvimento biológico, social e psicológico a que este está subordinado. Não se faz permitido refletir sobre o “bem maior da criança” como se seu melhor interesse seguisse os mesmos direcionamentos das necessidades adultas, pois a plasticidade da psique infantil remete a dois impendentes: (i) a fragilidade em que se encontram as estruturas psíquicas recém formadas ou em formação, (ii) e o caráter determinante a que essa fase da vida representa na formação de um ente psíquico, e por sua vez na formação de um cidadão.

O melhor interesse da criança, como princípio geral, norma cogente, é garantido pelo Direito, mas reside em dificuldade fundamental identificá-lo.

Quais são os critérios para eleger o maior interesse da criança e do adolescente? Como se dá sua legitimação jurídica e social? Que mecanismos de controle são previstos pela sociedade para assumi-lo? Como fica a criança e o adolescente diante de um “maior interesse” definido por outrem, diante de suas necessidades biopsicossociais? A situação é complexa porquanto estão sempre presentes fatores que complicam e desestabilizam a preocupação em articular o melhor interesse com suas reais necessidades.

Sem dúvida, critérios materiais, como alimentação satisfatória e assistência médica, devem ser levados em conta. Entretanto, há outros indicadores fundamentais, tais como: compreensão de desejos, possibilidade de estabelecer vínculos afetivos estáveis, fortalecimento da auto-estima, convívio social, a comunicação e o diálogo aberto.<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> NOVAES, Maria Helena. O “maior interesse” da criança e do adolescente face às suas necessidades biopsicossociais: uma questão psicológica. In: PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar/coordenação Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 526.

Assim, àqueles que pretendem avaliar se certa situação familiar prioriza ou não o melhor interesse da criança, faz-se necessário compreender, além de demandas biológicas, as demandas psicológicas à construção de um ego “sólido”. Se o objetivo da presente jornada é compreender e fundamentar a possibilidade de adoção homoparental, simples detenção à análise jurídica do instituto da adoção seria omissão, uma vez que essa matéria é permeada pela priorização do bem estar da criança/adolescente, surgindo a necessidade de compreendê-lo também como sujeito psíquico.

Elege-se para estudo como principal paradigma o Psicanalítico. Tal escolha leva em consideração diversos fatores. Primeiramente, enquanto WUNDT e TICHENER raramente são conhecidos fora da psicologia profissional, Freud, pai da psicanálise, goza de fenomenal popularidade. A psicanálise ultrapassou em considerável grau as outras escolas da psicologia. Em segundo lugar, surgida a psicanálise tendo como objeto de estudo o comportamento “anormal”, o qual foi relativamente negligenciado pelas outras escolas, fornece-nos largo material para entendermos o “como” e “do que” proteger os infantes em função de um desenvolvimento adulto sadio.

#### 1.1. A IMPORTÂNCIA DO AFETO: ESTUDOS DE RENÉ SPITZ ACERCA DO PERÍODO PRÉ-VERBAL DE DESENVOLVIMENTO.

Não se aplicando o método psicanalítico ao período pré-verbal, René SPITZ, em sua busca de entendimento acerca dos processos psicológicos do primeiro ano de vida, furta-se da observação direta, utilizando, para tal, instrumentos da psicologia experimental.<sup>81</sup> Obteve o autor suas populações em uma série de

---

<sup>81</sup> “Aplicamos os critérios de fidelidade e validade: usamos testes e métodos de observação padronizados, com um número estatisticamente significativo de crianças. Eliminamos a possibilidades de distorção quanto ao sexo, fazendo realizar nossa observação por um observador masculino e por

contextos diferentes entre si quanto a elementos básicos (tais como bagagem cultura e condição sócio-econômica), sendo que o principal grupo amostral estudado fora obtido em agências de lares adotivos dos Estados Unidos da América.

Suas pesquisas trazem dois importantes advenços para uma reflexão do instituto da adoção: (i) SPITZ não se exime em comparar as crianças crescidas no seio da família as que passaram seu primeiro ano de vida em agência de lares adotivos, (ii) e através dessa comparação observa o lugar ocupado pelo afeto no desenvolvimento infantil.

A Freud a diferenciação das estruturas psicológicas <sup>82</sup> ocorre a partir do crescimento, sendo o recém-nascido, portanto, um organismo psicologicamente indiferenciado (sem ego).<sup>83</sup> Enquanto a personalidade do adulto é claramente definida, hierarquicamente estruturada e manifesta através de atitudes individuais, bebês carecem organização e presença de iniciativa pessoal.

Após o parto <sup>84</sup>, todas as modalidades sensoriais são estranhas e o meio é componente do próprio complexo de necessidades e satisfações do recém nascido. A partir da agregação de signos, a criança vai construir uma leitura de coerência para o mundo que a cerca. Entretanto, essa maturação não ocorre de um dia para

---

um observador feminino, em semanas alternadas.” SPITZ, René A. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 35.

<sup>82</sup> Ego, Superego, Id.

<sup>83</sup> HARTMMAN propõe dois processos: (i) de maturação, pelo qual as funções (inatas) filogeneticamente são desenvolvidas e emergem; (ii) de desenvolvimento, pelo qual ocorre emergência de forma, de função e de comportamento. Cada criança nasce com sua própria individualidade, que nada mais é do que uma potencialidade personalíssima. Este equipamento é composto de três partes: (i) equipamento hereditário, (i) influências intra-uterinas - desejo da gestante, possibilidades de aborto -, (iii) influências que se tornam operativas durante o processo do parto (dificuldades do parto). Esta individualidade, contudo, não consiste em uma pré-determinação da formação do indivíduo, mas sim em ferramentas que individualizam cada ser em seu processo de aprendizagem. Assim a personalidade do adulto não forma-se através de material propulsor do processo de maturação, mas sim por intermédio do desenvolvimento das estruturas emergidas por esse processo

<sup>84</sup> Segundo FREUD o “trauma” do parto não tem conteúdo psíquico. Não se pode chamar propriamente de trauma, pois, não há nenhum indicio de reação pós traumática ou encargos acarretados no parto. O que pode ser observado é um breve estado de excitação o qual provoca uma reação vocal coligado ao desprazer gerado – evidentemente porque o parto dói

outro, sendo fruto de toda uma gestão de estímulos, pela qual se aprende a utilizar as funções cognitivas.

Em um primeiro momento, as respostas às incitações coligam-se a eliminação da fome, sendo que a aproximação do ser humano é apenas reconhecida como supressora da sensação de desprazer.<sup>85</sup> Somente por volta do final do segundo mês de vida que o bebê passa a perceber a face humana - objeto privilegiado da percepção visual, preferido entre todas as outras coisas do ambiente - acompanhando seus movimentos com atenção concentrada.<sup>86</sup>

Seguidamente, torna-se a criança capaz de replicar, sorrindo, a face. Essa reação representa uma maturação física e psicológica, permitindo a coordenação de pelo menos uma parte do equipamento somático ao uso para uma expressão de experiência psicológica. Embora o rosto humano ainda não configure um objeto libidinal, trata-se de um sinal gestáltico, um pré-objeto.<sup>87</sup>

Entre o sexto e o oitavo mês, podemos observar uma mudança decisiva no comportamento do bebê. Sua reação-reflexo de sorrir não vai mais ser direcionada a todos, mas apenas aos conhecidos. Se um estranho se aproxima podemos observar a recusa de contato, uma rejeição carregada de ansiedade. É o que SPTIZ

---

<sup>85</sup> Apenas por volta da primeira semana de vida que o bebê começa a responder às incitações. Durante o primeiro mês o reconhecimento de sinais estará articulado com a fome.<sup>85</sup> No início do segundo mês, a aproximação de um ser humano começa a adquirir um lugar singular entre as "coisas" que rodeiam o bebê, o qual começa a perceber visualmente a aproximação do adulto. Quando está chorando de fome não é capaz de perceber o estímulo externo. Isso remete a dois fatores que devem estar presentes para o conhecimento deste estímulo: (i) a necessidade eminente de satisfação e a (ii) a não saturação da tensão. No caso do choro o mecanismo perceptivo está saturado pela tensão do desprazer. A não percepção do bico ilustra a ação do princípio do nirvana: assim que desprazer surge, ele deve ser eliminado.

<sup>86</sup> Essa capacidade de visão e diferenciação da face humana é um processo de aquisição, que se desenvolve não frente à incapacidade biológica do recém-nascido, mas sim uma incapacidade cognitiva de diferenciação do mundo externo. Não obstante, o estudo de Von Senden mostra que, quando os instintos incidem sobre o olho antes desde aprender a ver, tais estímulos não são significativos.

<sup>87</sup> A gestalt é um estímulo libertador.

denomina de *ansiedade dos oito meses*.<sup>88</sup>

A fixação mnemônica de uma pessoa específica, por intermédio da capacidade de atribuição de propriedades peculiares a um ente, indica o estabelecimento do objeto libidinal, passando a criança estar competente a formação de vínculos. Outras mudanças também são acarretadas: na esfera somática, a mielinização das vias neurais está agora suficientemente desenvolvida para tornar possível o funcionamento diacrítico do mecanismo sensorial; no sistema mental, um número crescente de traços de memória foi armazenado; na organização psíquica a tensão afetiva passa a ser descarregada de maneira intencional e nesse momento podemos dizer que o ego está estruturado, sendo estabelecidos os limites entre ele o *id*.

A escolha do objeto libidinal encontra valor na aptidão que lega: é a partir de então que se torna possível o controle dos impulsos instintivos. Esse processo, que se iniciou com o nascimento e culminou na “ansiedade dos oito meses”, tem como um dos principais desenvolvedores o afeto. Destarte, a estimação jurídica do “melhor interesse da criança”, o qual apenas compreende-se frente uma “sociedade de famílias de afeto”, encontra sentido no fato de que - desde o nascimento - é a atitude afetiva decisiva para formação da personalidade.

Tradicionalmente, a mãe e o filho efetuam uma díade, na qual a mãe atua como força formativa, sendo um estímulo de resposta do bebê. Nesse primeiro ano de vida a criança vai obter prazer a partir do processo de libertação dos seus impulsos instintivos sob formas de ação. Esse prazer vai ser catalisado quando um

---

<sup>88</sup> As sucessivas fases do desenvolvimento aqui apresentadas são estritamente paralelas às fases dos dois outros setores de desenvolvimento: (i) o que leva à integração do ego (ii) e o das relações objetais que culmina na formação de um objeto libidinal. A construção do objeto libidinal é constituída de dois passos principais: (i) Apreensão da face humana no sistema de memória e (ii) o aparecimento da ansiedade dos oito meses - o que indica que a criança tornou-se capaz de reconhecer a face da mãe/pai/substituto, preferindo-a a todas as outras.



parceiro (no caso a mãe) participa de sua alegria.

Dotadas de seu sentimento materno, em geral, as mães criam o que se denomina de clima emocional favorável, sob todos os aspectos, ao desenvolvimento da criança: o amor e a afeição pelo filho tornam-no um objeto contínuo interesse para ela. Essa experiência é capital na orientação do infante, o qual responderá afetivamente a esse afeto.

Em uma sociedade de fato, porém, são diversos os casos em que a díade do filho não se faz possível com a mãe biológica: falecimento, provimento de guarda ao pai, rejeição materna, a entrega da criança para adoção, etc. Nesses casos, estaria a criança condenada a um prejuízo em seu desenvolvimento? A negativa é categórica, pois nem sempre a mãe é a escolha infantil de objeto libidinal.

A eleição do objeto de desejo da criança será guiada pela relação de afeição. Dependente, o que o infante (inconscientemente) procura para par de sua díade é um ente que, investido de desejo, seja capaz de suprimir suas sensações de desprazer - não importando a conexão biológica, o sexo ou mesmo a orientação sexual.

Atestando a importância da atitude afetiva, SPTZ compara, por experimentalismo, o desenvolvimento de crianças inseridas dois diferentes perfis de instituições públicas especializadas no recebimento de crianças extraídas de sua família natural. Ambas as casas possuíam recursos apropriados para seu devido funcionamento, porém distinguiam-se quanto aos métodos empregados nos cuidados despendidos aos infantes.

A instituição que possuía como paradigma de trabalho a tutela mais pessoal, tentando concentrar em uma pessoa específica a responsabilidade dos cuidados de determinada criança, apresentou infantes com menos problemáticas de crescimento

físico e psíquico. Ainda registrou-se que bebês destes ambos abrigos, possuíram “reiteradamente, escores inferiores, em todos os níveis de idade do primeiro ano de vida, comparado com (...) crianças criadas na própria família.”<sup>89</sup>

Os resultados apresentados remetem diretamente ao decisivo papel do afeto no desenvolvimento infantil. Quando a criança encontra amparo em uma pluralidade de agentes, sem que nenhum desses adultos comprometa-se diretamente, é a escolha do objeto libidinal e o armazenamento mnemônico que ficam comprometidos, pois, quando as referências são demasiadamente múltiplas a percepção do desejo por parte da criança é dificultada.

Do exposto, dois postulados podem ser extraídos: (i) o pedido de adoção do qual o adotante se reveste da possibilidade de fornecer afeto e desejo, por si só, é mais interessante à criança que a permanência em uma instituição; (ii) há-se uma veemência de inserir, tão logo quanto possível, o infante em um ambiente afetivo, uma vez que o desenvolvimento sadio torna-se muito mais simples quando desde cedo possui-se um clima emocional favorável.

Ainda assim, essa análise não se esgota, já que a inserção em uma família substituta não deve tão somente levar em conta os primeiros passos da criança, mas toda uma potencialidade do adotante de fornecer um contexto de experiências desenvolvedoras. Nessa seara, faz-se necessário compreender as demandas posteriores ao estágio pré-verbal, pois a aptidão para atendê-las coincide com a capacidade de exercer uma paternidade/maternidade consciente. Socorre-se da “Teoria do Desenvolvimento Psicosexual” para tal estudo.

## 2.2. DESENVOLVIMENTO PSICOSEXUAL: O COMPLEXO EDIPIANO E O ADOTADO

---

<sup>89</sup> SPITZ, 1996, *op. cit.*, p. 38.

O desenvolvimento de uma criança já está determinado ao nascimento ou é moldado por experiências posteriores? Já vai longe o tempo em que se defendia a tese, de que “ao nascermos a mente é uma tábua rasa e todo o conhecimento é criado pela experiência”. Atualmente, entende-se o desenvolvimento nos seus múltiplos aspectos, isto é: como produto da interação entre a natureza, os fatores de aprendizagem e os fatores genéticos e hereditários.

As informações biológicas para que o desenvolvimento humano se processe são herdadas e estão registradas nos nossos genes. Assim, cada indivíduo passa por um processo de crescimento biologicamente ordenado: nascem os dentes de leite, a estatura altera-se, hormônios atuam na puberdade, etc. Entretanto, mesmo neste processo, há a necessidade da manutenção de cuidados básicos indispensáveis, que incluem a higiene, alimentação, estimulação, afeto e muitos outros. Portanto, o nosso organismo nasce pronto a desenvolver-se, mas está dependente de demais fatores para que essa evolução se processe convenientemente.

Em relação ao desenvolvimento da criança e do adolescente existem inúmeras teorias, não necessariamente auto-excludentes, cada uma delas abordando aspectos diferentes, quer de ordem psicológica, quer de ordem biológica e comportamental.<sup>90</sup> Dentre os estudos destaca-se Sigmund FREUD como principal contribuinte. Por ele, o advento da psicanálise insere os processos inconscientes no estudo do desenvolvimento humano.

---

<sup>90</sup> Como exemplificação de uma teoria alternativa a que apresentaremos no presente trabalho, poder-se-ia citar a de Jean Piaget. Nela são referenciados aspectos do pensamento e do comportamento das crianças, considerando a sua passagem por estágios definidos ou mudanças qualitativas de um tipo de pensamento ou comportamento para outro. Piaget verificou que todas as crianças pareciam vivenciar as mesmas espécies de descobertas seqüenciais acerca do mundo, cometendo as mesmas espécies de erros e chegando às mesmas soluções. Trata-se de um processo ativo onde a criança explora, manipula e examina os objetos e as pessoas no seu mundo.

Sendo a pulsão sexual (libido) o mais elementar dos processos inconscientes, inaugura-se a teoria do Desenvolvimento Psicosssexual, a qual coloca a sexualidade no centro da vida mental, instaurando um dos conceitos mais caros à teoria psicanalítica: a sexualidade infantil. A idéia básica expressa por FREUD era a de que, a resolução bem sucedida das várias fases da infância, seria essencial para o “normal” funcionamento do adulto.

A teoria distingue cinco fases de desenvolvimento sexual, as quais ocorrem em seqüência, e por vezes se sobrepõe: fase oral, fase anal, fase fálica, fase de latência e fase genital. Em cada um desses estágios existe uma fixação em determinada zona erógena, até que, finalmente, a forma de obtenção de prazer se situa no órgão sexual dos indivíduos.

A erotização corpórea inicia pela gratificação primeira da alimentação, sendo que a fase oral é o momento em que a zona erógena se situa na cavidade bucal.<sup>91</sup> Em uma segunda fase (fase anal) a zona de erotização é no ânus, sendo que a relação com os objetos está ligada ao controle dos esfíncteres como uma nova fonte de prazer.<sup>92</sup>

Se tudo estiver acontecendo de forma funcional, a criança “entende” que a mãe possui um outro “objeto de desejo”: o pai. Neste momento ocorre a

---

<sup>91</sup>O bebê é egocêntrico, narcisista e enxerga a mãe como extensão dele (como se fosse um adendo). Como se o mundo fosse ele ou que gira ao redor dele. Tem-se aqui a dependência primária: precisamos literalmente da mãe para sobreviver física e emocionalmente. E quem vai promover ou ajudar a romper com esse egocentrismo é a mãe. A primeira separação que sofremos é com o nascimento. Saímos do nutrido, do calor e somos “expulsos”. Nascemos sofrendo o processo de separação. A segunda separação é quando o bebê começa a enxergar a mãe como “outra” pessoa. Ela é efetivada quando a mãe tem motivos para voltar aos outros papéis em sua vida: mulher, esposa, profissional, social. O processo de separação dá-se junto com o final da amamentação. Quando a mãe começa a substituir o peito, criança e mãe sentem muito. Neste momento o bebê vivencia muito ódio, frustração, raiva, angústia, dor, ansiedade, impotência (Fase depressiva, descrita por M. Klein). E a mãe sente ansiedade, angústia, com a possibilidade do bebê não precisar mais dela.

<sup>92</sup>É através do aprendizado do controle dos esfíncteres que o bebê vai aprender sobre limites. São dois movimentos: expulsão (doar/ eliminar/ excluir/ separar) e retenção (ter/ segurar/ reter/ controlar/ guardar). Tem bebê que demora a reter e tem bebê que fica segurando. Aqui estamos aprendendo o equilíbrio em dar e receber, internalizando o “não”.

"triangulação" ou a questão "edipiana", quando a zona erógena passa a ser o órgão sexual. Em seguida haveria um período de latência, onde ocorre uma diminuição das atividades sexuais, que vai até a puberdade. Na adolescência atinge-se a última fase, a fase genital: nela o objeto sexual é o outro.

Da teoria freudiana de desenvolvimento, é o terceiro momento, fase fálica, ocorrida aproximadamente entre os três e o seis anos de idade, que suscita os mais relevantes questionamentos psicológicos acerca da contemporânea pluralidade de estruturas familiares, nas quais a tradicional triangulação muitas vezes não se faz possível. A indispensabilidade da superação do complexo edipiano à formação infantil é levada em conta na análise da demanda adotiva, sendo que psicólogos e psiquiatras observarão a potencialidade da criação de um cenário adequado à superação da fase fálica.

Nessa seara, ganha destaque a polêmica da homoparentalidade, uma vez que a questão de gênero coloca em cheque a normal concepção de castração, a qual originalmente é descrita diante da presença de dois sexos contrapostos. Acerca, Nazir HAMAD delimita a problemática com perspicácia:

A referência feita ao parceiro do outro sexo como sendo o homem ou a mulher na direção de quem iria o desejo no momento em que se esperava o filho é simbolicamente estruturante para ela. Nesse caso a criança é ligada aos significantes pai e mãe no discurso do pai ou da mãe referidos ao homem ou a mulher que representam e continuam a representar um papel importante na economia psíquica dela. A dificuldade para que uma criança fosse criada por um casal de pais do mesmo sexo viriam desses significantes, que apesar de designarem funções, não diferenciam o sexo. A referência simbólica não é redutível à ação consciente que consiste em dizer a criança - nascida graças à doação de esperma, por exemplo - que há um pai biológico; a referência simbólica funciona quando, justamente, ela deixou suas impressões na estrutura inconsciente dos pais ou do entorno direito da criança. (HAMAD, 2002, p. 42-43).

O que, com excelência, HAMAD, psicanalista que durante longo tempo trabalhou na França com Françoise DOLTO, descreve em sua obra, "A criança adotiva", é a prevalência da função parental sobre a definição biológica ou a escolha sexual. Em outras palavras, é a capacidade, daquele(a) que ocupa o lugar da mãe

biológica, de direcionar o desejo a outra díade que não com o filho que permitiria a imersão da criança no complexo edipiano, bem como sua castração.

Assim, é a função que o membro da família ocupa que designará a possibilidade de fornecer a criança uma estrutura a um desenvolvimento sadio, e quanto a isso os casais homossexuais podem desenvolver as mesmas habilidades e estabelecer as mesmas funções que um casal heterossexual.

A castração do infante é um procedimento, antes de tudo, simbólico. Por ela a criança irá se reconhecer como um ser apartado de seus pais, uma pessoa com personalidade e vida própria. Esse processo não se coliga, porém, a estrutura homo ou heterossexual daqueles que ocupam a função paternal, mas sim a capacidade do responsável direcionar o desejo a **outro** (de sexo oposto ou não) que não seja seu filho.

Desta feita, é o desejo que se impõe como vetor direcionador da superação eficaz das fases do desenvolvimento psicosexual, e normatizá-lo é uma operação que já se inicia fracassada. Tanto no que remete a casais homossexuais como a casais heterossexuais, é impossível prever “se” e “como” far-se-á o desenvolvimento infantil e a formação edipiana. Afinal, quem poderia garantir a felicidade da criança?

## **CAPÍTULO 2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA HOMOSSEXUALIDADE À LUZ DA PSICOLOGIA: COMPREENDENDO O ADOTANTE HOMOSSEXUAL**

Abordar temas que tangenciam a homossexualidade encontra dificuldade principal em ultrapassar os tabus que permeiam a matéria. A modernidade atribui aos homossexuais uma identidade social própria, construída sobre os alicerces do preconceito e da normatização da normalidade burguesa. Nesse contexto, a dissonância entre a expectativa social e a personalidade fática, fabricou o estigma do homoerotismo.

Destarte, uma névoa cobriu a fronteira existente entre realidade e o mito. Porém, ao Direito não é dado à prerrogativa de caminhar entre brumas: responder negativamente uma demanda com base exclusivamente na orientação afetivo-sexual, necessita que o embasamento material não tanja a estigmatização ou o preconceito, já que o respeito à dignidade da pessoa humana e à igualdade são direitos fundamentais postos expressamente na Lei Maior. Assim, ao estudo da adoção homoparental torna-se impende à compreensão da homossexualidade destituída de dogmas fantasistas.

### **2.1. HISTÓRICO DA HOMOSSEXUALIDADE**

A homossexualidade é encontrada desde as mais remotas culturas primitivas. No mundo ocidental precedente às leis mosaicas,<sup>93</sup> poucas eram as preocupações morais no que diz respeito a relacionamento com pessoas do mesmo sexo, sendo que muito mais relevante era o *status* social do parceiro, e se esse ocupava uma posição passiva e ativa durante o coito.<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup> Leis mosaicas são as leis expressas na tábua dos dez mandamentos.

<sup>94</sup> SPENCER, Colin. Homossexualidade de uma história, 2ª ed. São Paulo: Editora Record, 1999, p. 19-30

A conotação da prática homossexual assumiu diferentes interpretações, as quais variavam em razão da cultura e do momento histórico. Exemplificando, há um interessante relato de SPENSER, face os estudos antropológicos na Ilhas de Melanésia: durante a puberdade os meninos da tribo eram penetrados por seus tios sob a crença que assim se tornariam mais fortes e seriam capazes de produzir mais espermatozoides.<sup>95</sup> O mesmo autor faz referência às culturas primitivas nas quais todos os chefes possuíam meninos-amantes, sendo que muitos preteriam a esposas ao concubino.

Na Grécia antiga o sodomismo era prática extremamente comum, sendo fator de pouca relevância a orientação do desejo. Ademais, a pederastia possuía grande importância social. Nesse contexto, a heterossexualidade era vista como uma preferência inferior à bissexualidade, sendo a homofilia considerada necessidade natural.<sup>96</sup> Como bem aponta Maria Berenice DIAS: “Na Grécia o livre exercício da sexualidade era prática do cotidiano de todos, inclusive de deuses, reis e heróis.” (2000, p. 24).

Em Roma a relação homossexual masculina existiu largamente entre os senhores e seus escravos, ocupando estes últimos sempre uma posição passiva. O penetrado do coito anal era imbuído de baixa dignidade, enquanto a penetração era reservada àqueles de posição social elevada. A “homo-felação”, no entanto, era altamente condenada. O lesbianismo era proibido, uma vez que confrontava com postura viril do poder romano.<sup>97</sup>

Com o advento do cristianismo, ocorre uma hegemonia divina, pela qual a supremacia do material sobre o espiritual legaria profundas marcas ao instituto do

---

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 19-30

<sup>96</sup> FARIA, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Claudia Bortolozzi. Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, p. 72-73

<sup>97</sup> *Ibid.*, p.73-74



casamento: são os tempos medievais, que trazem em seu bojo a perseguição aos homossexuais, protagonizadas pela Igreja – como predadora – e pela liberdade sexual – como presa. “As idéias anti-sodomistas eram tão fortes, nesta fase, que em várias legislações se chegou a prescrever a castração e até a pena de morte, tudo devido às idéias prescritas pelo Cristianismo.”.<sup>98</sup>

Aflorando uma forte influência do Direito Canônico nas entidades familiares, na Idade Média a normatização da moralidade foi penetrando e impregnando o pensamento de cada cidadão. Por via de uma fiscalização rigorosa por parte da Igreja, a descrita internalização dos dogmas era reforçada. Em decorrência desse processo culminou-se a uma completa correlação entre sexualidade e pecado.

Eram tempos em que

O poder masculino se sentia impotente diante dos sortilégios, dos filtros que debilitam ou *então* curam, acendem o desejo ou extinguem-no, Detinha-se à porta do quarto onde os filhos eram concebidos, postos no mundo, os doentes cuidados, os defuntos lavados, onde, sob o império da mulher, *no* mais privado, estendia-se o domínio tenebroso do prazer sexual, da reprodução e da morte. (...).<sup>99</sup>

A sociedade doméstica era então atravessada por uma separação nítida entre o masculino e o feminino, institucional, e que repercutia sobre a maior parte dos comportamentos e das atitudes mentais. No interior da morada, a única conjunção oficial, ostensiva, pública, unia o senhor e a dama, e toda a organização da morada era disposta para que esse encontro fosse perfeito, isto é, fecundo. Muitos outros no entanto ali se produziam, ilegítimos estes, ocultos. Por mil indícios discerne-se a exuberância de uma sexualidade privada que se mostra nos lugares e nos tempos mais propícios, os do segredo, do obscuro, na sombra do pomar, no celeiro, nos recantos, e durante as trevas noturnas que nem sequer eram varadas, como no mosteiro, por algum toco de vela. (ARIES, 2009)<sup>100</sup>

Nessa seara, surgem os cânones, cujo foco era a preservação da “família moral e cristã” a qualquer custo. A noção de que o casamento constituía remédio enviado por Deus aos homens, com objetivo de libertação das máculas do desejo,

<sup>98</sup> OLTRAMARI, Fernanda. Adoção por homossexuais: Possibilidade da formação de um novo núcleo afetivo. Revista IOB de Direito de Família, São Paulo, 2008. p. 14

<sup>99</sup> ARIES, Philippe; DUBY, Georges. História da vida Privada, 2: Da Europa Feudal à Renascença . São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 88-89

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 88-89

era legitimada pela filosofia de São Thomas de Aquino. O indulto do sexo apenas adviria da dádiva da concepção.

Nenhuma casa sem casamento, nenhum casamento sem casa. Cada uma ordenava-se em torno de um casal procriador e de um só; os filhos, quando se casavam, eram dela expulsos, os velhos também, as viúvas repelidas para os arredores dos mosteiros e os pais demasiado idosos impelidos para o retiro religioso, seja para a viagem de Jerusalém, preparatória da morte. (ARIES, 2009)<sup>101</sup>

A redescoberta do corpo, a qual ocorreria pelo movimento renascentista, incidiria uma mudança de pensamento. O teocentrismo dá lugar ao antropocentrismo e à ascensão da racionalidade. Numa luta pela dignidade humana, muitos escritores e estudiosos passam a pregar o sexo livre. Grandes nomes desse período mantiveram relações homossexuais, a citar-se Leonardo da Vinci e Michelangelo.

Na Idade Moderna presenciamos um movimento de sístole e diástole no que concerne à liberdade. Embora Napoleão tenha retirado da codificação penal francesa os crimes homossexuais, a homofobia permanecia vigorante em muitos países. Em resposta à repressão, surge na Alemanha a primeira organização de defesa dos direitos homossexuais: Comitê Científico e Humanitário, cujo expoente máximo fora Magnus HIRSCHFELD.

A relativa diástole da liberdade de expressão sexual experimentada no primeiro momento da modernidade fora interpelada pela Segunda Guerra Mundial, quando ocorre uma repressão com maior rigor do comportamento homoafetivo. Na Alemanha unificada, qualquer cidadão que praticasse atos homoeróticos era punido com pena de morte.

A ascendência do nazismo promove uma perseguição impiedosa aos pares de mesmo sexo, e o combate de Hitler à homossexualidade era público. Todos os homossexuais descobertos eram recolhidos e obrigados a usar um triângulo roxo,

---

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 68.

costurado sobre as vestimentas. Com o surgimento dos campos de concentração em 1941, aqueles que exercessem o homofilismo, considerados doentes psicopáticos, eram obrigados a trabalhos forçados, torturados física e psicologicamente.

Segundo OLTRAMARI, três destinos podiam aguardar um homossexual capturado por nazistas: 1) as fábricas de pólvora, onde qualquer um ficava com tuberculose em pouco mais de duas semanas, pois tinham que trabalhar e viver em túneis; 2) as fábricas de cimento, onde o trabalhador era literalmente pesado e, muitas vezes, quando sua produtividade reduzia, jogados no concreto; 3) e os laboratórios médicos, onde era feita, sem anestesia, toda forma de experiência.<sup>102</sup>

Apenas em meados da década 60, e durante os anos 70, surgiriam os movimentos homossexuais, principalmente concentrados nas cidades São Francisco e Nova York, Estados Unidos, cuja busca de igualdade e dignidade se deu assentada no slogan “saindo do armário”. Conta dessa época a invenção do chamado “Dia do orgulho gay”, datado em referência ao episódio que ficou conhecido como “Motim de Stonewall”.

O tumulto ocorrido no “bar gay” Stonewall (Greenwich Village, Londres), que fora um confronto direto decorrente de uma violenta e injustificada batida policial, seria o estopim para que se formasse o que hoje se entende por Comunidade Gay, a qual surgia fortemente desejosa de justiça. No decorrer de três décadas seguintes a homossexualidade fora ganhando espaço na sociedade e na legislação face à luta de gays e lésbicas pelo respeito de seus direitos humanos.

Concomitantemente a esse processo de luta social, descobertas na área médica e psicológica apontaram para uma “despatologização” do homossexualismo,

---

<sup>102</sup> OLTRAMARI, 2008, *op. cit.* p. 29-30

o qual deixou de se remeter a uma degeneração física ou psíquica. Com o desencantamento da pureza, a psicanálise poria por terra a inocência infantil e os mitos acerca da masturbação, abrindo espaço para uma discussão mais honesta da sexualidade.

Em 1985 o Brasil suprimiria o item que descrevia a homossexualidade como “doença psiquiátrica” no Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde, postura que seria adotada no âmbito internacional apenas em 1990. Em 1999 o Conselho Federal de Psicologia põe em vigência a resolução 001/99 afirmando que a homossexualidade não deve ser considerada doença ou perversão e que os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento das discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamento ou práticas homossexuais.

As mudanças históricas – tais como a exclusão da homossexualidade da categoria diagnóstica de doença, a conscientização de órgãos da saúde no combate ao preconceito, e a fundação de grupos militantes – modificaram em parte o modo de como algumas pessoas vêem o fenômeno da homossexualidade, aumentando-se a tolerância, mesmo que o preconceito seja preponderante em nossa sociedade.

## 2.2. ESTRUTURA PSÍQUICA DO HOMOSSEXUAL

São divergentes as opiniões psicológicas acerca da causa da homossexualidade. Alguns psicólogos remetem o homossexualismo a uma condição cuja determinação depende de diferentes coeficientes, sendo que os fatores sociais seriam os principais influenciadores na formação do gênero, tendo a família e os meios de comunicação em massa papel fundamental. <sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> Observe-se que a presente análise não trata propriamente de se refutar, afastar ou desconhecer o posicionamento crítico de alguns doutrinadores acerca das buscas pelas origens da homossexualidade – críticas essas tão bem expressas pela análise de Ana Carla Harmatiuk MATOS: “a insistência na busca das razões da homossexualidade pode estar dentro de uma lógica

Para outros a homossexualidade seria resultado de um lapso no desenvolvimento infantil da criança. Alguns profissionais apontariam que há uma exclusividade de fatores fisiológicos, propondo que a homossexualidade ou a heterossexualidade são características inerentes ao sujeito, herdadas por material genético, e coligadas a uma diferenciação de secreção hormonal.

Há ainda quem defenda que se trata apenas de uma orientação sexual, opção ou escolha do indivíduo, por entender que assim não se opera o fator social nem o biológico como determinantes. Em verdade, são muitas as divergências que o mundo acadêmico enfrenta acerca da motivação que leva um indivíduo a ser homossexual, entretanto algumas certezas já se encontram capazes de superar os tabus. Um deles remete a coligação do homossexualismo e a perversão.

De início é preciso pensar que a palavra “perversão” como termo cotidiano se imbuí de um significado demasiadamente pejorativo, enquanto a “perversão” no sentido de desvio psíquico remete a um diferente complexo de características. O marco ao entendimento do “perverso” são, sem sombra de dúvida, os estudos freudianos na área.

Antes do advento da psicanálise o vocábulo “perversão” era utilizado como uma expressão de censura, como algo de ordem orgânica anormal, inclusive sendo chamado pelos médicos da época de “aberração resultante da degeneração do sistema nervoso”. A sexualidade era mencionada como uma forma de reprodução, algo do instinto do indivíduo, portanto era considerada perversa toda conduta sexual que não objetivasse a reprodução, já que seria colocada em risco a preservação da espécie.

---

discriminatória – descobrir a causa do ‘problema’. A verdadeira razão da investigação encontra-se no fato de que é por intermédio desse debruçar sobre a matéria se permite descortinar os totens e tabus, bem como uma fundamentação melhor embasada no refutar dos posicionamentos doutrinários contra a adoção homoparental. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 46.

FREUD considera que na atividade sexual do ser humano, existem diferentes práticas sexuais. A sexualidade das pessoas ditas normais apresenta uma série de exemplos que não estariam voltados diretamente ao ato de reproduzir, práticas que não podem ser tratadas como doenças, uma vez que naturais da sexualidade humana.

Com a apresentação do conceito freudiano de pulsão, cujo objetivo é a busca pelo prazer, ocorre uma normalização da sexualidade, afastando-se o caráter psicopatológico do instinto. Logo, certas condutas consideradas perversas se tomado como referencial o “instinto”, deixam de sê-lo se tomada como referência a “pulsão”.

Inicialmente a psicanálise permaneceu a classificara homossexualidade como uma forma de manifestação perversa, por intermédio da noção de que se referia a uma inversão do alvo do objeto libidinal. No entanto esse óbice se tornou ultrapassado a partir do entendimento de que essa hipótese desenvolveu-se em momento histórico específico: A ligação entre os dois termos (“perversão” e “homossexualismo”) é facilmente datável na sexologia do século XIX, mostrando-se dependente de um modelo androcêntrico, patriarcal e essencialista de consideração da subjetividade.

Assim, como toda a produção teórica de FREUD se embasa na observação da prática clínica (fundamentada no exercício do procedimento catártico), o amadurecimento do material de estudo da psicanálise se fez sobre os mesmos pilares: o horizonte em que se desenvolveram novas teorias remonta uma utilização do conceito de perversão ligado a uma estrutura clínica diferenciada, independente de critérios morais.

Se um dia se olhou a homossexualidade como perversão é porque se encontrava em uma realidade na qual as bases sociais do sexo ainda estavam moralmente coligadas a reprodução. Não há, em verdade, na teoria freudiana uma teoria única que explique a libido, e talvez seja esse o maior atributo de genialidade do pai da psicanálise. Na realidade, os estudos sobre a perversão abriram caminho, em Freud e Lacan, para mais uma ampliação da pesquisa sobre a sexualidade humana e o desejo, em geral.

As transgressões da fixação do objeto libidinal foram repensadas a partir do momento que se reavalia e abole a correlação entre falo e órgão peniano (que o representa). A partir de então, a compreensão das “inversões objetais”, trazida inicialmente em “Três ensaios sobre a teoria da Sexualidade” (FREUD, 1905), sofreria profundas mutações, reavaliando-se a tradicional classificação do homossexualismo como “inversão absoluta”.

Pelo advento da produção da lacaniana, a psicanálise passou a girar em torno do Eros, trabalhando sobre o Eros, não podendo, portanto, ter como objetivo a normatização da sexualidade e sim, em todo caso, a expressão sadia, não estereotipada, das funções anteriormente fixadas ao objeto.<sup>104</sup> Assim, assume-se uma nova postura: as tendências homoeróticas não são, em si mesma, doentias nem sadias.

Segundo Dr. Antonio BRUNET, médico psicanalista, no exercício da psicanálise é comum deparar-se com homossexuais não perversos.<sup>105</sup> Corrobora-se

---

<sup>104</sup> De modo extremamente simplificado, Eros é o amor apaixonado, com desejo e atração sexual. A palavra moderna grega “erotas” significa “o amor (romântico)”. Embora o eros seja sentido inicialmente por uma pessoa, com contemplação transforma-se em apreciação da beleza dentro dessa pessoa, ou transforma-se mesmo em apreciação da própria beleza. Eros pode também ser definido como a atração para a perfeição ou integralidade, e é usado para descrever a satisfação entre os dois componentes de uma diade.

<sup>105</sup> As retro informações foram repassadas em reunião com o Dtr. Antonio Bruneti sobre o assunto. Aproveito a oportunidade para, novamente, agradecer a atenção despendida, bem como a recepção e disponibilidade em conversar sobre o tema,

essa noção pela existência de relatos nos quais o homossexual apresenta estrutura neurótica.

Ainda atenta-se que existem pessoas de estrutura perversa que não são homossexuais. Assim, se há risco de que entregando uma criança aos cuidados de um homossexual poderia, ou não, estar-se legando um infante aos cuidados de um perverso, tal insegurança permaneceria face há um heterossexual. Ademais, a perversão, independentemente da escolha de exercício sexual da pessoa, não consiste em marca visível, podendo com facilidade passar despercebida por qualquer equipe multidisciplinar que avaliasse uma demanda adotiva.

Em suma, é natural que novos questionamentos e posições psicanalíticas venham emergir, afinal estamos vivendo um momento de transformação social, que inclui, principalmente, uma mudança na Erótica. Acerca, ilustra BARBERO, que a “nova erótica em desenvolvimento nos convoca a realizar discriminações, ao abandono de termos e idéias ultrapassadas e à construção de novas conceituações”.<sup>106</sup>

O homossexualismo é colocado mais uma vez em xeque face os novos estudos na área de genética. Biólogos da Universidade de Utah, nos Estados Unidos, conseguiram manipular geneticamente um grupo de nematóides para que eles fossem atraídos por animais do mesmo sexo. A experiência traz novas evidências de que a orientação sexual de um indivíduo pode ser profundamente influenciada por fatores biológicos. Erki JORGENSEN, chefe da equipe que organizou o estudo, declara: "Nossa conclusão é que a atração sexual está instalada em circuitos cerebrais comuns a ambos os sexos de nematóides."

---

<sup>106</sup> BARBERO, Graciela Haydee. Homossexualidade e Perversão Na Psicanálise. São Paulo: Casa Do Psicólogo, 2005, P. 237



Estudos com gêmeos univitelinos (100% de correlação genética) demonstram que há uma correspondência de mais de 50% entre a sexualidade dos dois irmãos/irmãs. A correspondência permanece alta mesmo quando os gêmeos não são univitelinos, onde os estudos apontam para pouco mais de 20% de correspondência na homossexualidade.

Outro estudo na área se deu na Universidade da Califórnia, EUA, tendo o neurobiólogo Roger GORSKI como organizador. Foram realizadas experiências laboratoriais com ratos, cujas fêmeas prenhas receberam, ainda em fase intra-uterina, hormônios sexuais masculinos. Observou-se que, desde a primeira fase da vida, os filhotes do sexo feminino mostravam comportamentos masculinos, como brincadeiras mais agressivas, além de sentirem-se mais atraídas por fêmeas. O estudo, contudo, não foi conclusivo, pois os filhotes do sexo masculino cujas fêmeas progenitoras receberam hormônios femininos (estradiol e progesterona) não desenvolveram significativas características femininas.

No ramo da ciência da genética vários estudos têm sido realizados no sentido de investigar origens hereditárias para a homossexualidade. Uma das mais relevantes pesquisas que tem sido realizada é a que tenta estabelecer uma correlação entre a homossexualidade masculina com o gene. É efetivamente uma tese que coloca a homossexualidade não como uma opção ou estilo de vida, mas sim como resultado de uma variação genética.

Nessa seara de estudos, geneticistas e psicanalistas abrem debate para uma inquietante pergunta: homossexualismo é uma opção sexual? Muito embora a resposta seja nebulosa, o que a evolução das pesquisas nesse ramo vem demonstrando é que a homossexualidade, seja ela uma escolha ou manifestação

sexual, não é motivo para preconceito, sendo este tão somente embasado na frustração da identidade ideal produzida no imaginário do homem burguês.

Sem as balizas do preconceito pouco sobra à definição do “homoafeto” a relevância da manifestação sexual, restando como fonte única o afeto em sua pura expressão. Aos que repartem o mundo em “homos” e “heteros”, branco e preto, falta tantos e tantos tons. Talvez a verdade mais pura seja a do artista: “Cada qual sabe amar a seu modo; o modo, pouco importa; o essencial é que saiba amar.” (Machado de Assis).

### **CAPÍTULO 3. O HOMOSSEXUAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A Constituição Federal de 1988 atribuiu importante significado aos direitos individuais, cuja própria inclusão no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de lhes emprestar significado especial. Já no preâmbulo fixa-se como objetivo nacional a instituição de um Estado Democrático de Direito,

destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...) (BRASIL, Constituição Da Republica Federativa Do Brasil, 1998).<sup>107</sup>

Faz-se, portanto possível detectar o claro intuito do legislador de concretizar a proteção judicial dos direitos individuais, assumindo como compromisso a efetivação dos princípios fundamentais. A extensão conferida ao texto reforça a impressão sobre a posição de destaque outorgada, e a idéia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o dever público de guardar-lhes estrita observância.

A Carta Magna de 1988 inaugura um novo momento para o Direito brasileiro, pois a ordem principiológica vigente sepulta as matrizes preconceituosas, ervas daninhas presentes por longo tempo no complexo normativo brasileiro. Uma sociedade que busca a igualdade passa a ser a mais esplendorosa reflexão de nosso ordenamento constitucional, cujo art. 5º dá-lhe toda força de expressão.

Ainda fulgura nesse cenário a recepção do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, estabelecendo a proteção do homem como pressuposto e fundamento da ordem jurídica nacional,

devendo o ser humano, enquanto tal, ser respeitado independentemente de diversos outros atributos tais como raça, religião, condição social, sexo, idade etc., pelo simples fato de pertencer e integrar a comunidade de seres humanos. (PROSPERO, 2003, p. 37).

---

<sup>107</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Vade Mecun digitalizado Ed Redeel, 6 ed., 2009

Nessa seara, resulta em contradição intrínseca ao ornamento vigente as restrições aos homossexuais - seja com relação à atribuição de status familiar, seja em relação às dificuldades apresentadas no procedimento adotivo, principalmente no que diz respeito aos pares -, pois tais atitudes de caráter excludente atentam frontalmente com os direitos individuais oponíveis ao Estado.

Este capítulo, à luz das preliminares informações apontadas, busca sentido em trabalhar a dignidade da pessoa humana no que se remete ao direito ao exercício da sexualidade, o qual engloba o próprio “direito de ser homossexual” – questão esta fundamental à análise da adoção homoparental uma vez que situa o verdadeiro *locus* do “adotante homossexual” na órbita legal brasileira (seria esse *locus* diferenciado do o ocupado pelo adotante heterossexual?). Em um primeiro momento debruça-se sobre uma análise brevíssima do que vem a ser o direito à dignidade da pessoa humana, para então, após a apreensão desses conceitos, imergirmos em um estudo sobre a tutela da opção sexual do homem pólo desses direitos.

### 3.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como consignado, o objetivo do presente capítulo é compreender a intersecção entre dignidade da pessoa humana e os homossexuais. Para tanto, vez que já observado o “fenômeno” da homossexualidade, insta ainda a (brevíssima) análise do que vem a ser a “dignidade da pessoa humana”

O art. 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece:

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns para com os outros com espírito de fraternidade.

Destarte, o enunciado prenuncia a exigência de que todos os seres humanos sejam tratados segundo uma regra de isonomia, derivada do

reconhecimento da igualdade entre os homens, naquelas qualidades que lhes constituem sua essência, ou seja, naquilo que os distinguem dos demais seres - sendo exatamente esse elemento individualizador que responde pela dignidade humana.<sup>108</sup>

Nessa senda, a atual Constituição Federal, em seu art. 1º, consagra a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, incluindo a cidadania na relação de valores básicos: a cidadania traduz-se na projeção político-jurídica da condição de “ser pessoa”; a dignidade da pessoa humana constitui-se na fonte ética dos direitos fundamentais – que por sua vez são emanações do valor básico da cidadania.<sup>109</sup>

Compreender a dignidade humana é, contudo, tarefa árdua: ela apresenta conteúdo de contornos vagos e imprecisos, o que se traduz numa grande dificuldade para sua conceituação. Essa complexidade conceitual advém de seu caráter não específico, mas refere-se a uma qualidade inerente a todo ser humano, constituindo-se um valor próprio que identifica o homem frente aos demais seres vivos.

Ingo Wolfgang SARLET conceitua dignidade da pessoa humana como sendo uma

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover

---

<sup>108</sup> Esse elemento distintivo dos demais, contudo, não se refere propriamente a afirmação da pessoa como ser dotado de razão. Nesse sentido oportuno transcrever postulações de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2009, p. 402): A dignidade da pessoa antes referida, a seu turno, também não tem por base necessariamente a afirmação da pessoa como ser dotado de razão, nem, tampouco, de que essa suposta razão universal Moderna esteja obrigatoriamente na base de suas ações livres. Não é desprezível, no reconhecimento da liberdade, o que, por exemplo, Enrique Dussel denomina de “dialética do pulsional” – embora, do mesmo modo, não se possa conceber esta última como a fonte exclusiva ou primária dessa liberdade positiva.

<sup>109</sup> HERKENHOFF, João Batista. Curso de direitos humanos. São Paulo: Acadêmica, 1994, v.1, p 93-95

sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>110</sup>

A dignidade, qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável, inalienável e inseparável, razão pela qual todo homem deve ser reconhecido, respeitado e protegido. Bem se vê que noção de dignidade centra-se na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa. Nessa mesma linha de entendimento, CANOTILHO refere que o princípio material subjacente à noção de dignidade da pessoa humana consolida-se “no princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (*Pico della Mirandola*), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual (*plasteseffector*)”.<sup>111</sup>

Inserida no pórtico da Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III) a dignidade da pessoa humana constitui, portanto, verdadeira “cláusula geral de tutela a consagrar a proteção integral da personalidade, em todas as ramificações do ordenamento, vinculando todo e qualquer tipo de relação jurídica pública ou privada. Inclusiva, e sobretudo, na família, podendo-se afirmar, na feliz expressão de Sérgio Resende de Barros, que “o direito à vida implica o direito a família” (DELGADO, 2006, p. 704).

Este princípio constitucionalmente assegurado terá eficácia sobre o direito privado – eficácia essa que não age tão somente de forma indireta, pois bem pode acontecer que o caso concreto exija a aplicação imediata do preceito constitucional, quando inexistir norma infraconstitucional que admita interpretação de acordo com a diretiva constitucional, ou faltar cláusula geral aplicável naquela situação, muito embora esteja patente a violação ao direito fundamental. Nesse sentido, SARLET observa que há possibilidade de se transpor diretamente o princípio vinculante dos direitos fundamentais para a esfera privada.<sup>112</sup>

Pois bem: princípio constitucionalmente assegurado, de observância obrigatória pelo Judiciário brasileiro, a dignidade da pessoa humana assume

<sup>110</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, p. 60.

<sup>111</sup> CANOTILHO, 2003, *op. cit.*, p. 225.

<sup>112</sup> SARLET, *op. cit.*, p. 98.

importância fundamental ao Direito de Família - e óbvio e logicamente, aos casos de adoção homoparental -, pois sem ela somos lançados um *lúgubre*, abrindo-se precedentes para discriminação infundada e decisões fruto da arbitrariedade do ranço do totenianismo.<sup>113</sup>

### 3.2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E HOMOSSEXUALIDADE

Acertado dizer que a dignidade da pessoa humana, como cláusula geral dos direitos da personalidade, é um dos alicerces que sustentam a edificação da atuação do Judiciário. Ela tem o condão de implicar a todas as relações jurídicas a observância dos princípios da igualdade e da isonomia.<sup>114</sup>

Todos os seres humanos devem ser tratados dignamente, com respeito à posição de sujeitos de direitos, uma vez que todos são iguais. Nessa senda, a obrigação de respeitar à dignidade não se atrela a forma de expressão da sexualidade, já que, respeitando o limite da privacidade, um Estado que se pretenda Democrático de Direito não encontra prerrogativas em cancelar distinções baseadas em características individuais.

Corroboram essas noções Ana Carla Harmatiuk MATOS: “a sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade (...)”.<sup>115</sup> Complementa MORAES:

Os direitos de igualdade, de liberdade, de intimidade, direitos fundamentais consubstanciadores da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, e a proibição a qualquer forma de discriminação impõe limites bastante demarcados no que tange à impossibilidade de tratar de modo diverso as pessoas, com base em sua orientação sexual, opção individual que integra a esfera do lícito, que, merece, por todas essas razões, proteção jurídica concreta e eficaz. (MORAES, 2009)

<sup>113</sup> TARTUCE, Flávio. Novos princípios do Direito de Família Brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2008, p. 38

<sup>114</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2008, p. 171

<sup>115</sup> MATOS, 2004, *op. cit.*, p. 148.

Entende-se que, ademais a sexualidade não ser fato de que deduza fundamento de tratamento diferenciado, ela é ainda atributo inerente a própria condição humana, portanto é um direito fundamental que acompanha o sujeito desde seu nascimento, uma garantia inalienável e imprescindível.<sup>116</sup> Reconheça-se que não há realização pessoal desvinculada do respeito à liberdade sexual, a qual compreende a livre orientação.<sup>117</sup>

Abrangendo a própria índole humana, a sexualidade se insere nos elementos de tutela da dignidade humana.<sup>118</sup> Assim, em conforme com as normas constitucionais que proíbem a discriminação à conduta afetiva no que respeita à inclinação sexual, compete-se tratamento igualitário a heterossexuais e homossexuais.

Sendo uma expressão de um direito subjetivo, o direito a homossexualidade, além de estar amparado pelo princípio da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, se alberga sob o teto da garantia de exercício da liberdade individual e do direito a autodeterminação. “Acrescenta-se ainda lembrar que a segurança da inviolabilidade da vida privada é ‘a base jurídica para a construção do direito a orientação sexual (...)’.” (TEIXEIRA, 2008, p. 174).

No entanto, a sociedade que se proclama defensora da igualdade é a mesma que ainda mantém posições discriminatórias no que tange o homossexualismo. A rejeição social ao homoafeto resulta em uma tentativa de

---

<sup>116</sup> Flavia Piovesan e Rômulo Russo Junior falam em “direito do ser humano”, sustentando que os direitos de personalidade compõe direitos inerentes à condição humana, amplamente considerada - tanto no plano físico como no plano moral. PIOVESAN, Flavia e ROSSO, Rômulo, Direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade, in O Código Civil e suas interdisciplinaridades. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 12

<sup>117</sup> DIAS, Maria Berenice. Família Homoafetiva. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2008, p. 171

<sup>118</sup> *Ibid.*, 2008, p 172



exclusão dos homossexuais do mundo jurídico, embora imperativo seja o reconhecimento de seus direitos no rol dos Direitos Fundamentais.

Observa-se que o assunto paira sobre um binômio: inclusão vs. exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e intolerância à diferença e a diversidade. Por sua vez, proibir a exclusão não propriamente inclui.

Logo, não é suficiente proibir a exclusão quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação. (PIOVESAN, 1998, 132-133).

Sob essa linha de raciocínio, o reconhecimento dos direitos dos homossexuais emerge não somente como uma reivindicação à proteção jurídica da liberdade e da igualdade, mas também à igualdade de tratamento - no sentido de poderem exercer suas escolhas pessoais, suas relações e seus afetos na mesma medida que heterossexuais. Conforme José Carlos Teixeira GIORGIS:

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no art. 1º, inc. 3º, da Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de inovações ilegítimas de sua esfera pessoais, a promoção positiva de liberdades. [grifo meu] (2008, p. 173)

A atuação Estatal é de suma importância, pois a realidade tem demonstrado que não apenas condutas negativas serão capazes de assegurar a dignidade dos seres humanos.<sup>119</sup> Muito embora essa atuação seja tímida, marcadamente

<sup>119</sup>Nesse sentido aponta Carlos Eduardo Pianovski RUZYK: A construção, ao longo do século XX, de um novo modelo de Estado capitalista – o Estado de Bem Estar Social – erigido, sobretudo, por um ideário social-democrata, fez com que se instaurasse um paradoxo: de um lado, apresentou-se perspectiva de inclusão e revalorização da dignidade da pessoa humana – ao menos no plano do discurso. De outro, o modo pelo qual se buscou instrumentalizar essa dignidade foi o recurso a pretensões coletivistas, centradas na figura do Estado. Isso levou à denominada “publicização” do direito privado, colocando-se, ao lado do interesse individual, o interesse “coletivo”. Passou-se, no discurso a respeito do direito privado, da abstração do indivíduo à abstração do coletivo. O paradoxo social-democrata refletido nas categorias fundamentais do Direito Civil manteve os pilares de base da construção oitocentista, com a propriedade individual e o contrato fundado na autonomia privada, mas, ao mesmo tempo, funcionalizou-se esse espaço a um “interesse social”. (RUZYK, 2009, *op.cit.*, p. 2)

programática e não efetiva, há avanços no reconhecimento das relações homoafetivas, em tentativa de cumprimento da ordem constitucional.

Nesse diapasão, ocorre a aprovação de normas que expressamente reconhecem caráter de Direitos Humanos ao respeito e não discriminação das relações homoafetivas, como o significativo Decreto nº 7.037 de 21 de dezembro de 2009, que formaliza o terceiro programa nacional de direitos humanos, PNDH-3. Contudo, o que a princípio parece um salto à frente, esbarra na inefetividade do instrumento escolhido: o mencionado Decreto, extenso e minudente, não estabelece medidas diretas para a promoção dos direitos nele reconhecidos, limitando-se a eleição de eixos mestres e objetivos a orientar a atuação estatal na promoção dos direitos humanos.

Dessarte, a norma retro consignada aborde as “garantias do respeito à livre orientação sexual e identidade de gênero” - prevendo ações como “desenvolver políticas afirmativas e de promoção de cultura de respeito à livre orientação sexual e identidade de gênero, favorecendo a visibilidade e o reconhecimento social”; “apoiar projeto de lei que disponha sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo”; “promover ações voltadas à garantia do direito de adoção por casais homoafetivos” – pouco tem sido feito na implementação dessas metas, resumindo-se a atuação estatal a medidas pontuais pela secretaria especial responsável por essas políticas públicas.<sup>120</sup>

Assim, a verdadeira batalha de aceitação, social e jurídica, do homoafeto continua a ocorrer entre dogmas, frutos de uma cultura contra a necessária liberdade que o Brasil vendeu como primordial. Fato social a mercê de adequada

---

<sup>120</sup>No “Objetivo estratégico V” da “Diretriz 10: Garantia da igualdade na diversidade” do “Eixo Orientador III: Universalizar direitos em um contexto de desigualdades” estabelecido no art. 2º, III, alínea d, e anexo ao decreto.

tutela jurídica, o homossexualismo é segmento alvo de preconceito e discriminação, é deixado à margem da sociedade e à míngua do Direito.

Por muito se confundiu o movimento de libertação homossexual como fruto do mal, encontrando-se como justificativa à exclusividade e ao tratamento diferenciado a incapacidade de homossexuais de produzir algo que não de teor profano. Essas noções, porém, não encontram mais espaço em um Estado Democrático de Direitos. Remetendo-se à emblemática metáfora de Michele PERROT sobre “o nó e o ninho”, podemos dizer que observando a atual conjuntura social brasileira o ninho homoafetivo já existe, cabe saber se desataremos os (ainda existentes) nós.<sup>121</sup>

---

<sup>121</sup> Oportuno transcrever trecho do referido artigo como forma de demonstrar a questão de maneira mais elucidativa: “Família ambígua, essa do século XIX! Ninho e nó, refúgio caloroso, centro de intercâmbio afetivo e sexual, barreira contra a agressão exterior, enrustida em seu território, a casa, protegida pelo muro espesso da vida privada que ninguém poderia violar - mas também secreta, fechada, exclusiva, normativa, palco de incessantes conflitos que tecem uma interminável intriga, fundamento da literatura romanesca do século. (PERROT, Michelle. O nó e o ninho. In: *Veja 25 Anos: reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, 1993, p. 75-85). Nesse mesmo sentido aponta Carlos Eduardo Pianovski RUZYK: “Com efeito, o discurso da decadência da família que marca as transformações pelos quais ela passa ao longo dos séculos é revelador, a rigor, não do fim da família, mas do próprio transcurso da família em que os nós são retirados, mas o ninho permanece. É bastante emblemática a compreensão a respeito dos “nós”. O ninho repleto de nós pode ser representativo da família em que a liberdade dos seus componentes não é uma preocupação efetiva. O incremento da liberdade se verifica na constatação de que se vão os nós, permanecendo o ninho como espaço de afeto e entreaajuda – e, por que não dizer, de liberdade vivida, como desenvolvimento da subjetividade.” (RUZYK, 2009, op. cit., p. 352)

### **TÍTULO III. A ADOÇÃO HOMOPARENTAL**

#### **CAPÍTULO 1. DO AFASTAMENTO DOS MITOS**

O contemporâneo entendimento de família como instituição que visa à reprodução física e social de seus membros, passa a reservar ao afeto posição de destaque, dando margem a uma releitura do papel a que cada membro integrante do núcleo se investe. A vigorante mobilidade de configuração não mais engessa o membro familiar em um específico nicho previamente delimitado, permitindo uma pluralidade de inaugurais organizações familiares.

Percebe-se a verdade sócio afetiva mais relevante do que a biológica, porque é o amor e a afeição recíproca que marcam o liame de respeito entre seus membros. Assim a edificação do subjetivo familiar onde cada pessoa ocupa uma função (a de pai, mãe ou filho, por exemplo) não é preponderante ao vínculo biológico ou a orientação sexual dos integrantes, mas o afeto que os prepara para enfrentar os desafios da existência. (SILVA JUNIOR, 2006, p. 34-35)

Nesse contexto, abre-se espaço a um repensar da “incontroversa” complementaridade dos sexos, permitindo a autonomia da sexualidade em relação à reprodução e conjugalidade. Tal reflexão afetou também as (até então) “certezas” acerca da filiação, surgindo o questionamento de se a capacidade de cuidar de uma criança coliga-se aos papéis do gênero. Em tal cenário é que faz sentido reflexões sobre a adoção homoparental.

Abordagens jurídicas sobre a homoparentalidade superam, inevitavelmente, a mera dogmática, afinal a impende observação do princípio do melhor interesse do infante tange a psicologia. Muitas vezes, ao abordar o tema da adoção por homossexuais, pesquisadores e opinião popular acabam esbarrando em mitos falaciosos sobre supostos perigos de um homossexual exercer a parentalidade. Tais ponderações meta-jurídicas, quando presas a totens, podem levar a conclusões embasadas em premissas errôneas, e, por sua vez a interpretações conflitantes com a lógica do contemporâneo sistema jurídico.

Dessa sorte, o presente capítulo busca se debruçar sobre o afastamento de alegorias aleivasas. Em um primeiro momento (1.1.) debruça-se sobre os mitos mais comumente alegados acerca da adoção homoparental. Seguidamente (1.2.) contrapõem-se os supostos malefícios da homoparentalidade aos resultados das pesquisas científicas sobre o tema.

### 1.1. HOMOPARENTALIDADE E SEUS MITOS

Contrapondo-se ao entendimento da presente pesquisa, alguns doutrinadores têm defendido a idéia de que a homoparentalidade, e conseqüentemente o provimento de adoções homoparentais, representa uma posição adultocêntrica, uma vez que o desenvolvimento da criança poderia ser profundamente afetado. Nesse sentido postula Eduardo de Oliveira LEITE.

De nada adianta invocar a questão da preferência sexual como eventual pressuposto violador da igualdade constitucional. Nem tampouco de discriminação ou preconceito social. Tais argumentos só deslocam o foco de observação da real perspectiva do problema. O que o legislador não quer e proíbe, sem vacilar, é que destas uniões decorram direitos equiparáveis ao casamento, porque, entre o direito das crianças (adotadas) de terem pai e mãe e a eventual pretensão do casal homossexual, em adotar, o legislador não vacilou e priorizou aquele direito (dos adotados) em detrimento deste (dos homossexuais). É a idéia do interesse maior do menor (ECA) que se resgata, em detrimento de qualquer outra consideração, eventualmente invocável. Vale lembrar, ainda, que a adoção é um processo bilateral que deve atender, primeiramente, aos interesses maiores da criança adotada e, secundariamente, aos interesses dos pais adotantes. A prosperar a pretensão estampada no “programa”, os adotantes estariam autorizados a adotar sem qualquer manifestação da criança adotada, o que torna ainda mais criticável a proposta.

No terreno da psicologia, o “plano” é igualmente desastroso bastando considerar que todos os Manuais de Psicologia são unânimes em afirmar (quer assumamos a teoria psicanalista de Freud, quer a tese determinista de Bowlby ou de Erik Erikson) que a criança precisa, para o seu desenvolvimento emocional e psicológico, de duas identificações; necessita do pai e da mãe. Ignorar a família é amputar a criança. O que a psicologia avia é o papel decisivo da família na pessoa do adotado, reafirmando uma idéia bastante esquecida, de que a adoção consiste em dar uma família à criança, e não uma criança a um pretendente à filiação. Pensar de forma diferente implicaria priorizar o interesse adulto (dos adotantes) em detrimento manifesto do interesse maior da criança (adotada).

As crianças têm necessidade da presença do pai e da mãe que os tratam paternal e maternalmente para modelar sua identidade. Por que fomentar situações atípicas se podemos encontrar no ambiente familiar natural elementos suficientes à garantia da fundamental segurança e equilíbrio que todas as crianças do mundo necessitam? É a família triangular que o

legislador sempre teve em mira e não outras formas de união desvinculadas da figura paterna e materna. A procura de um equilíbrio do triângulo adotivo nas situações conflitantes só pode ser encontrada em sociedades que consideram o interesse da criança ao ser adotada por uma família. Nesse sentido, a proposta do “Programa Nacional de Direitos Humanos”, lançado por decreto do presidente, em dezembro de 2009, precisa imediatamente ser revisto, sob risco de se cometerem injustiças de efeito negativo imprevisível e incontrolável.

Tal posicionamento pode ser problematizado ao identificá-lo como assentado em totens e tabus. Falsos dogmas sobre a homossexualidade e formação infantil são comuns tanto no cenário popular quanto no científico, e a presente secção pretende desmistificar as alegações mais comuns nesse sentido.

O primeiro falso argumento comumente apresentado (sobre o qual já se debruçou longamente no Capítulo 1 do Título II) é de que os pares responsáveis pelo infante tenham necessariamente sexos diferentes para se que realize a bem sucedida resolução do Édipo. Clareia-nos Mariana de Oliveira FARIA e Ana Cláudia Bortolozzi MAIA, ao remeter aos estudos de ZAMBARO:

(...) os conceitos de Psicanálise deveriam ser interpretados como funções e não como sexo biológico das pessoas. Considera-se, socialmente, que aquela pessoa que impõe regras à criança e se ocupa dos fatos objetivos estaria associada ao masculino, enquanto aquela que cuida da criança e dos cuidados da casa estaria ligado ao feminino. Sabemos que é importante que a criança tenha acesso as duas funções, mas essas não precisam estar associadas ao sexo biológico das pessoas que a cercam (2009, p. 72-73)

Dessarte, o que se observa é que para que haja uma eficaz resolução do complexo edipiano não se faz necessário um castramento de um sexo pelo outro. Na realidade, tal intento se dá inter-funções. Dessa sorte, casais heterossexuais podem ser compostos por sexo diferentes, porém possuírem funções semelhantes ou invertidas; em contraponto, casais homossexuais podem encenar díades em que as funções se complementam, ainda que, neste caso, os sexos biológicos se correspondam.

E se falar em Complexo de Édipo remete a FREUD, aproveite-se a seara para destacar que não se faz possível afirmar – como o fez LEITE em citação retro - que o pai da psicanálise seja contra a adoção homossexual, até porque essa não fazia sentido na senda de seu tempo. As informações que Sigmund desfrutava, eram limitadas se em comparação às que contemporaneamente dispomos: o próprio método psicanalítico nos deu possibilidade de ir além. Ademais, como anteriormente abordado, a homossexualidade não se coliga a perversão.

Já disse Eros Grau que “o direito não se interpreta em tiras”. Talvez essa frase se enquadre perfeitamente para psicanálise: não é possível lê-la ao léu e aos pedaços; sua compreensão deve levar em conta toda uma sistemática, que só entendida em sua plenitude. Para aqueles que afirmam categoricamente que o processo edipiano se funda na distinção do sexo dos pais, falta uma noção integrada entre os conceitos psicanalíticos.

Mariana de Oliveira FARIA e Ana Cláudia Bortolozzi MAIA ainda apontam e esclarecem a respeito de dois outros medos da sociedade acerca da adoção de casais homossexuais:

As maiores preocupações da sociedade em relação ao fato de um casal homossexual criar uma criança é o medo de que este abuse sexualmente da criança, que a orientação sexual desta seja influenciada pelo comportamento homossexual de seus pais, ou que elas correm maiores riscos de terem problemas no desenvolvimento psicossocial. A primeira dúvida tem estreita ligação com o modelo padronizado religioso e médico do século XIX e XX, já comentado. No entanto, é necessário ressaltar que não há registros de que a orientação sexual do adulto influencie na incidência de abusos sexuais. As pesquisas mostram que não há relação entre homossexualidade e aos abusos sexuais com crianças. Em relação a segunda dúvida os estudiosos apontam que a orientação sexual da criança independe da orientação sexual dos pais, o importante para seu desenvolvimento global e saudável são os valores que lhe são passados sobre ambos os sexos. Se a orientação sexual dos pais influenciasse a dos filhos, nenhum homossexual poderia ter sido educado dentro de um modelo heterossexual de família. (2009, p 70)

Dessa senda, HAMAD, além de afastar a possibilidade de uma relação direta entre homossexualismo e pedofilia, explica que a orientação sexual dos filhos não pode ser determinada pelo simples fato de pai/mãe ser homossexual, levando em consideração que muitos filhos demoram para descobrir a homossexualidade de seus pais/mães e nem por isso tornam-se homossexuais também.<sup>122</sup>

Outro controverso ponto suscitado seria o de que a criança criada por homossexuais não teria parâmetro para compreender a diferenciação de gênero, pois teria acesso a apenas um modelo. Acerca disso cabe atentar que a diferença entre sexos continuará existindo no mundo, não ficando o infante limitado unicamente à convivência familiar. A identidade será construída nas diversas relações estabelecidas com aqueles que cercam o infante, não se restringindo a seus responsáveis.

Por fim, o último e talvez o mais interessante mito a que reveste a postura adversa a capacidade de um homossexual criar uma criança ou adolescente, relaciona-se a estrutura psíquica do homossexual, a qual o tornaria incapaz de se tornar responsável por outra pessoa. Para tanto, remete-se ao homossexualismo a estrutura psíquica perversa. Entretanto, é necessário observar dois postulados: (i) heterossexuais podem ser perversos; (ii) nem todo homossexual é perverso.

Um heterossexual perverso poderia passar com facilidade pelo protocolo da burocracia adotiva, sendo que a perversão não possui um estigma visível ou marca que se faça reconhecível tão facilmente a psicólogos ou psicanalistas. Por outro lado, é necessário atentar que muitos homossexuais não possuem estrutura psíquica perversa, sendo muito comum deparar-se com homossexuais de estrutura

---

<sup>122</sup> HAMAD, Nazir. *A criança adotiva e suas famílias*; tradução Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002, p. 67



neurótica. Assim, uma análise psíquica de um homossexual remete a lei do “caso a caso”, em igualdade a heterossexualidade.

Ademais, o atual sistema de análise psíquica da capacidade do adotante em criar uma criança, pouco garante que este não sofra de psicopatologias mais sérias que a perversão: enquanto a perversão pode se expressar por diversas formas de inversão, as quais variam em graduação (em explicação singela), a psicopatia consiste em uma completa ausência de senso moral, cujo verniz social do psicopata pode torná-la irreconhecível.

É evidente que haverá homossexuais incapazes de fornecer a um infante uma criação adequada, porém essa mesma regra aplica-se aos heterossexuais. Neste sentido é que, com segurança, pode-se afirmar que cada candidato à adotante é único, e assim sua demanda deve ser particularmente estudada.

## 1.2. DOS SUPOSTOS MALEFÍCIOS À CRIANÇA NA CONVIVÊNCIA COM HOMOSSEXUAIS *VERSUS* OS RESULTADOS DE PESQUISAS CIENTÍFICAS

Alegações de que a convivência com homossexuais é prejudicial a uma criança devem ser repensadas a partir de estudos científicos sobre o tema: Pesquisas vêm registrando um bom desenvolvimento psicossocial de filhos de pais e mães homossexuais. Acerca, postula Maria Berenice DIAS que

As evidências trazidas pelas pesquisas não permitem vislumbrar a possibilidade de ocorrência de distúrbios ou desvios de conduta pelo fato de alguém ter dois pais ou duas mães. Não foram constatados quaisquer efeitos danosos ao normal desenvolvimento à estabilidade emocional decorrente do convívio de crianças com pais do mesmo sexo. Também não há registros de dano sequer potencial ou risco ao sadio estabelecimento dos vínculos afetivos. Igualmente nada comprova que a falta do modelo heterossexual acarreta perda de referência a tornar confusa a identidade de gênero. Diante de tais resultados não há como prevalecer o mito de que a homossexualidade dos genitores não gere patologia nos filhos. (2006)<sup>123</sup>

---

<sup>123</sup> DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva. Disponível em: <http://www.icf.com.br/nucleo/>>. Acessado 2 de janeiro de 2010.

Uma pesquisa realizada nos Estados Unidos com famílias lésbicas que conceberam seus filhos por inseminação, revelou que as crianças possuem desenvolvimento psicossocial semelhante àquelas criadas em lares heterossexuais e, surpreendentemente, bem estar emocional acima da média.<sup>124</sup>

---

<sup>124</sup> FARIA e MAIA descrevem realização da pesquisa citada: “Foi realizado um estudo longitudinal nos Estados unidos com famílias lésbicas que conceberam seus filhos por inseminação artificial. O estudo foi dividido em quatro partes. Na primeira o objetivo era entrevistar as mães a respeito de suas expectativas em relação a inseminação artificial e a gravidez, além de coletar informações sobre a moradia e as relações familiares e sociais nas quais a criança seria inserida. Foi constatado que a maior parte das mães assumia sua homossexualidade em praticamente todos os âmbitos de sua vida e assim também pretendi se comportar com seus filhos. A maior parte das mães relatou que suas famílias teriam contato com as crianças, ainda que tivessem medo em relação a homoparentalidade. Com a intenção de aprimorar suas habilidades de cuidar e criar seus filhos , as mães formaram um grupo de apoio para discussão de problemas e possíveis soluções. Percebeu-se que o interesse das mães de ter filhos era muito grande. Na segunda parte da pesquisa, quando as crianças já tinham dois anos de idade, 156 mães deram entrevistas. Constatou-se que as crianças estavam sendo criadas por mães comprometidas que se esforçavam em lhe dar apoio necessário. Nos lares em que a família era composta por duas mães notou-se a responsabilidades em relação à criança eram repartidas igualmente entre ambas. Sessenta e nove por cento das participantes relataram que o nascimento do filho fortaleceu sua relação com a família de origem, especialmente com seus pais . Em 55% dos casos relatou-se aumento no contato com os pais e 77% das mães disseram que os avos demonstravam alegria em relação ao neto. Somente 29% dos avos assumiram abertamente para outras pessoas a composição da família de seu neto. Entre os avós, houve rejeição da filha e do neto por apenas 3%, devido a homofobia. Grande parte das crianças obteve aceitação de seus avós. Pensando em fortalecer SUS filhos em relação à homofobia, 87% das mães acreditava que a exposição a diversidade era o melhor modo para atingir esse objetivo, assim, planejavam inseri-los em programas educacionais os quais participassem crianças e professores de diferentes níveis socioculturais, gênero e raça. A terceira parte da pesquisa foi realizada quando as crianças tinham cinco anos de idade. Verificou-se que as crianças estavam saudáveis, bem adaptadas e desfrutavam de boa relação com seus pares. As famílias compostas por suas mães relatavam que a criança desfrutava de laços afetivos iguais com ambas as mães. As mães também disseram que os vizinhos tinham boa relação com elas e que a comunidade lésbica constituía parte importante na vida da criança. Com a intenção de preparar as crianças para momentos em que se deparassem com comportamento homofóbico de outras pessoas, as mães ensinaram-lhes sobre a importância da diversidade e ensinaram respostas adequadas para o comportamento homofóbicos. A quarta e ultima parte da pesquisa ocorreu quando as crianças tinham 10 anos de idade e consistiu em entrevista com as próprias crianças e as mães, além da aplicação de alguns instrumentos. Fizeram parte do estudo 85 crianças e 84 famílias de mães lésbicas. O objetivo era comparar o desenvolvimento psico-social dessas crianças com outras que viviam em lares cujos modelos parentais eram heterossexuais, além de investigar situações vivenciadas de homofobia. Verificou-se que a taxa de crianças abusadas fisicamente ou sexualmente dói inferior às taxas nacionais (nenhuma criança havia sido abusada fisicamente e três meninas haviam sido abusadas sexualmente por pessoas que não faziam parte da família). No desenvolvimento psicossocial as crianças apresentaram resultados semelhantes àquelas criadas em lares heterossexuais. As crianças criadas por mães lésbicas apresentaram estado de bem estar emocional melhores que as demais crianças. Em relação a homofobia, mais de 50% das crianças assumiram completamente a relação de suas mães e quase 50% já tinham passado por situações de homofobia. Para alguns filhos(as) as mães lésbicas parece ser mais fácil dizer que não tem um pai do que dizer que tem duas mães. As crianças que relatam situações homofóbicas apresentavam maior angustia emocional do que aquelas que não haviam passado por essas situações. A maior parte das mães se preocupava com essa questão e tentavam ensinar a seus filhos(as) como enfrentar a homofobia. Verificou-se que as crianças ficavam tristes quando seus colegas tinham comportamentos discriminatórios. As crianças desses estudos mostraram profundo entendimento sobre a diversidade e tolerância. As mães procuraram escolas que buscam contribuir para o fortalecimento da identidade homossexual, mas ainda é difícil encontrar instituições de ensino

Outro estudo realizado na Inglaterra avaliou a qualidade das relações de mães lésbicas com seus filhos, tendo como resultado que as tais crianças possuem desenvolvimento psicossocial normal.<sup>125</sup> Ainda revelou-se que em relação ao desenvolvimento do gênero não houve diferença na apresentação dos comportamentos típicos, tanto entre as crianças criadas em lares lésbicos ou heterossexuais, quanto entre meninos e meninas.

Ainda, poderiam ser citados mais três importantes trabalhos desenvolvidos na área: as pesquisas “*How Does the Sexual 2001. Orientation of parents matter?*”, realizada por Judith STACEY e Timoth BIBLARZ; “*Sexual Orientation of adult sons of gay fathers*”, realizada por Michael BAILEY, David BOBROW, Marilyn WOLFE e Sarah MIKACH; e “*Enfans de parents gays ou lesbiens*”, realizada pelo Pediatrics in Review.

Dentre os resultados trazidos por STACEY e BIBLARZ, concluem que: não fora diagnosticada nenhuma diferença entre filhos de mães homossexuais ou heterossexuais em relação ao ajustamento social e psíquico, como a maior incidência de transtornos de ansiedade, depressivos e de auto-estima; os filhos de

---

que estejam livres de julgamentos, ainda que a maioria das crianças estudasse em instituições com características multiculturais, com crianças de outras mães lésbicas. Em resumo, a pesquisa mostrou que crianças que convivem com mães lésbicas são residentes e estão progredindo em seu desenvolvimento, mas vivenciam situações de homofobia. A pesquisa deve continuar quando os(as) filhos(as) tiverem 17 anos de idade.” FARIA, *op. cit.* p. 80-82

<sup>125</sup> FARIA e MAIA descrevem realização da pesquisa citada: “Outro estudo realizado na Inglaterra teve por objetivo avaliar a qualidade das relações entre as mães lésbicas e seus filhos e o desenvolvimento sócio-emocional e de gênero dessas crianças. Participaram da pesquisa 39 famílias lésbicas, das quais 20 eram compostas por apenas uma mãe e 19, por duas mães. Todas as mães se identificaram com lésbicas e, em algum momento, pois do nascimento do filho, haviam tido alguma relação homossexual. A media de idade das crianças quando suas mães iniciaram a relação homossexual foi de 4,1 anos. O grupo das 39 famílias de mães lésbicas foi comparado com um grupo de 74 famílias heterossexuais. A pesquisa constatou que, em relação a problemas psiquiátricos, não houve diferença entre as crianças criadas em lares heterossexuais cujos filhos conviviam somente com elas desde os 18 meses de idade ou anteriormente. De acordo com os resultados, o desenvolvimento psicossocial das crianças criadas em lares lésbicos não revelou diferença em relação as crianças criadas em lares heterossexuais. A pesquisa constatou que, em relação às crianças criadas em lares heterossexuais. A pesquisa constatou que, em relação aos problemas psiquiátricos, não houve diferença entre as crianças criadas em lares lésbicos e as crianças criadas em lares heterossexuais. Em relação ao desenvolvimento do gênero, não houve diferença na apresentação dos comportamentos típicos tanto entre as crianças criadas em lares lésbicos ou heterossexuais quanto entre meninos e meninas.” FARIA, *op. cit.* p. 83

mães lésbicas apresentam mais habilidade para lidar com adversidades e situações de homofobia; as parceiras das mães lésbicas apresentam mais habilidades parentais e envolvimento com as crianças do que os padrastos das crianças cujas mães eram heterossexuais.<sup>126</sup>

Em “*Sexual Orientation of adult sons of gay fathers*” acessamos resultados que caminham em obstante adverso ao da teoria de transmissão de homossexualidade por convivência: entre os filhos de pais gays, 91% se definem como heterossexuais; ademais, não averiguou possível aferir qualquer relação ao tempo de convivência com o pai e a orientação homossexual do filho.<sup>127</sup>

Mais resultados favoráveis à possibilidade de adoção por casais homoafetivos são apresentados em “*Enfans de parents gays ou lesbiens*”. A pesquisa revelou que: os filhos de lésbicas têm vantagem em relação aos filhos de casais heterossexuais, visto que estas se dedicam mais tempo a seus filhos que os pais heterossexuais; os pais gays têm mais capacidade de resolver problemas da criança, já que dedicam mais tempo brincando com os filhos e estimulam mais sua autonomia que pais heterossexuais; as famílias homossexuais têm desenvolvido meios criativos de enfrentar a estigmatização; não há dados que indiquem que haja relação entre a orientação sexual dos pais/mães e a dos filhos.<sup>128</sup>

Nesse obstante de respostas, observa-se que não encontra fulcro sólido a conclusão de que o melhor interesse da criança está intrinsecamente coligado a expressão sexual de seus pais. Como bem explicita HAMAD, o que a realidade tem demonstrado é que

---

<sup>126</sup> STACEY, Judith; BIBLARZ, Timoth. How Does the Sexual 2001. Orientation of parents matters?. American Sociological Review, vol. 66 (p. 159-183). Disponível em: [www.france.qrd.org/ossocs/apgl](http://www.france.qrd.org/ossocs/apgl). Acessado dia 21 de janeiro de 2010.

<sup>127</sup> BAILEY, Michael etalii. Sexual Orientarion of adult sons of gays fathers. DevelopmentalPsyncology, vol. 31, n. 1, 1995. P. 124-129.

<sup>128</sup> *Enfans de parents gays ou lesbiens*. Pediatric in Review.Vol. 15, n. 9, 1994.Disponível em [www.france.qr.org/assoc/apgl](http://www.france.qr.org/assoc/apgl)>. Acesso em 5 de fevereiro de 2010.

pai e mãe se integram no discurso da criança, tenha ela conhecido ou não. A função paterna e materna não é sinônimo de pai ou de mãe biológicos, ela é o apanágio daqueles ou daquelas que representam um papel importante na vida da criança. (HAMAD, 2002).<sup>129</sup>

As incertezas que permeiam a possibilidade de adoção por homossexuais poder propiciar um contexto que permita ao adotado desenvolver-se em conforme, são tantas quantas as que permeiam heterossexuais. Pensar na “família modelo”, a ser aquela composta por casal heterossexual, como a escolha mais acertada, não deixa de ser um pensamento simplista e pouco reflexivo. A estrutura psíquica ideal, bem como a díade ideal de um casal, é utopia, sendo que resta creditar voto de confiança aos psicólogos jurídicos, ainda que seus critérios de avaliação permaneçam nebulosos e insuficientemente conclusivos acerca dos candidatos a pais adotivos.

Atenta-nos Mariana de Oliveira FARIA e Ana Cláudia Bortolozzi MAIA:

Destarte, a afirmação de que a adoção conjunta por casais homoafetivos fere o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente só pode ser realizada diante o caso concreto, se evidenciadas circunstâncias que, além da orientação sexual, denotem que não se trata da melhor alternativa para propiciar o acesso à convivência familiar saudável a uma criança ou adolescente desamparado. De todo modo, trata-se do mesmo raciocínio que deve vigorar no momento de se decidir pela adoção conjunta por heterossexuais

Assim, a isonomia de condição entre homossexual e heterossexual não reside na certeza de que em ambos os casos a criança terá uma formação adequada, e sim no fato de que a potencialidade de desenvolvimento da criança não se coliga diretamente ao gênero de seus tutores, mas remete ao caso concreto.

---

<sup>129</sup> HAMAD, *op. cit.* p. 41

## **CAPÍTULO 2. DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO HOMOPARENTAL**

Não só a família, mas também a filiação e, lógica e conseqüentemente, a adoção, foram alvos de profundas transformações, o que levou a um repensar das relações paterno-filiais e dos valores que as moldam. Em um caleidoscópio de possibilidades, uma estruturação familiar tem sido especialmente perturbadora pela polêmica que gera: a família homoparental. Nesse contexto, um dos pontos mais inquietantes é a (im)possibilidade de adoção por homossexuais, objeto da presente pesquisa.

Os esforços dos capítulos precedentes se deram no sentido de superar a noção de que a adoção homoparental seria lesão ao melhor interesse da criança, bem como apresentar qual o espaço do homossexual no vigente ordenamento de Direito e desvendar mitos sobre a homoparentalidade. A partir de tais estudos observa-se que a adoção por um sujeito homossexual isoladamente se mostra reconhecida, na medida em que o ordenamento jurídico pátrio não proíbe expressamente a adoção em razão da orientação sexual do adotante.<sup>130</sup>

Contudo, tema mais tortuoso é o da adoção conjunta, na medida em que o §2º do art. 42 do ECA prevê que para tal “é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família” e que, por sua vez, o §3º do art. 226 da CF prevê que “é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar”.

Os referidos dispositivos merecem análise. Para tal, primeiramente realiza-se análise da constitucionalidade das referidas normas (2.1). Seguidamente, busca-se abordar a estática jurídica, problematizando-se a interpretação dos dispositivos,

---

<sup>130</sup> MATOS, 2006, *op. cit.*, p. 91.

culminando em um entendimento pela possibilidade de adoção por pares homossexuais.

## 2.1. DAS SUPOSTAS RESTRIÇÕES LEGAIS À ADOÇÃO COJUNTA POR HOMOSSEXUAIS: UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO §3º DO ART. 226 DA CF E DO §2º DO ART. 42 DO ECA

Quando o legislador prevê que a adoção conjunta apenas poderia ser realizada por pares unidos pelo matrimônio ou pela união estável (§2º do art. 42 do ECA), aparentemente pode-se entender exclusiva a possibilidade de adoção por pares homossexuais, o que se extrairia de uma leitura restritiva do texto do §3º do art. 226 da CF (o qual define união estável entre “homem e mulher”), e do não reconhecimento jurisprudencial da união estável homoafetiva. Tal restrição aos pares homossexuais parece estar em contra-senso aos princípios (i) da pluralidade familiar, (ii) da igualdade e (iii) do melhor interesse da criança e do adolescente.

(i) O princípio da pluralidade familiar deve ser entendido em consonância com os demais princípios constitucionais, o que leva a crer que o rol de entidades familiares protegidas na Constituição não é taxativo, e sim exemplificativo (como anteriormente apontado).<sup>131</sup> Assim, a luz do princípio da dignidade da pessoa humana, existente é a demanda de reconhecimento de novas entidades familiares – o que é contrariado pela exclusão de que casais homossexuais da possibilidade de adotar.

(ii) Impossibilitar a adoção conjunta por homoafetivos afronta o princípio da igualdade na medida em que a sexualidade não pode ser fator a partir do qual se deduza fundamento de tratamento diferenciado, afinal ela é atributo inerente à

---

<sup>131</sup> MATOS, op. cit., 2000, p. 111-121

própria condição humana.<sup>132</sup> Não há realização pessoal desvinculada do direito à liberdade sexual.<sup>133</sup>

(ii) Ainda, o não igualitário tratamento deferido aos homossexuais nas questões relativas à adoção leva a criança a potencialmente perder o direito de ter uma família substituta, o que atenta ao melhor interesse do infante.<sup>134</sup> A restrição a adoção por pares homoafetivos ainda cria outra condição menos benéfica à criança, apontada por MATOS:

Se porventura um sujeito sozinho adota e convive numa união homossexual, possivelmente seu parceiro desenvolve os papéis inerentes à parentalidade. Apresenta-se, desse modo, toda uma gama de privilégios afetivos e vivenciais, dado o acompanhamento do desenvolvimento da criança ser exercido de forma conjunta - o que lhe é um grande acréscimo emocional. Ambos somam-se nos esforços necessários e comungam a realização pessoal.

Todavia, destaque-se mais uma vez que, quando não há o reconhecimento jurídico, ocorre um prejuízo ao filho adotado por homossexual, pois os eventuais efeitos jurídicos pretendidos não se operam automaticamente em razão da ausência da formalidade de um dos parceiros. (2006, p. 92-92)

Nesse contexto, cabe-se questionar se é realmente válida a restrição da adoção conjunta a casais heterossexuais. Poder-se-ia cogitar a inconstitucionalidade do §3º do art. 226 da CF (o qual prevê que “é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar”) ou do §2º do art. 42 do ECA (o prevê que para tal “é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”).

Argumentando-se que ao restringir o conceito de união estável às uniões heterossexuais a ordem constitucional é lesada pela violação aos princípios da

<sup>132</sup> Flavia Piovesan e Rômulo Russo Junior falam em “direito do ser humano”, sustentando que os direitos de personalidade compõe direitos inerentes à condição humana, amplamente considerada - tanto no plano físico como no plano moral. PIOVESAN, Flavia e ROSSO, Rômulo, Direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade, in O Código Civil e suas interdisciplinaridades. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 12

<sup>133</sup> Dias, Maria Berenice. Família Homoafetiva. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2008, p. 171

<sup>134</sup> MATOS, 2006, *op. cit.*, p. 90-91



dignidade da pessoa humana e da igualdade, suponha-se haver inconstitucionalidade da norma constitucional do §3º do art. 226 - e por assim ser reconhecida a união estável homossexual e, por sua vez, a adoção conjunta por pares homossexuais em regime de união estável.<sup>135</sup>

Bastante emblemático o itinerário de tal posicionamento caminhar na esteira que aduz possibilidade do reconhecimento da existência de normas constitucionais inválidas ou ineficazes: a incidência de nulidade de uma norma formalmente constitucional poderia ocorrer, desde que os postulados fundamentais à justiça fossem desrespeitados de maneira intolerável.<sup>136</sup>

Com efeito, para aqueles que abraçam essa tese, não há como reconhecer a possibilidade de que a Constituição eleja a diferenciação do sexo como elemento discriminante, na medida em que isso decorreria de violação principiológica. Outrossim, mediante adoção de fator sexista, subtraem-se dos homossexuais os direitos deferidos aos heterossexuais – postura que implica em evidente discriminação e infringência ao princípio da isonomia, bem como desrespeito à cláusula constitucional garantidora da dignidade humana, o que, por via reflexa, fere a liberdade pessoal e sexual.

Ora, sob tal prisma, tanto o parágrafo 3º do art. 226 da CF, quanto o art. 1º da recente Lei 9.278/96 afrontam o espírito e letra da Constituição de 1988, quando restringem a proteção legal apenas às uniões estáveis de pessoas de sexos diferentes, fazendo uma distinção que os princípios supra-constitucionais,

---

<sup>135</sup> COELHO, Tânia Marina de Azevedo Grandal. Do reconhecimento da Relação Homoafetiva Equiparada à União Estável do Direito Sucessório. 2006. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p 115-126

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 109-132.

albergados no art. 5º, não autorizavam, nem mesmo como exceção. (SUANNES, 1999)<sup>137</sup>

Contudo, note-se que tal posicionamento esbarra no óbice da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o Brasil não adotou a teoria de Otto BACHOF,<sup>138</sup> conforme decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 815/Direito de Família, cujo relator foi o Ministro MOREIRA ALVES:<sup>139</sup>

(...) a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias, dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. Na atual Carta Magna, “compete ao Supremo Tribunal Federal precipuamente, a guarda da Constituição” (art. 102, caput), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito supra positivo que ele próprio havia incluído o texto da mesma Constituição.

Destarte, não havendo inconstitucionalidade do referido dispositivo constitucional, resta questionar a constitucionalidade do § 2º do art. 42 do ECA.

Assim, como o próprio Livro IV do Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente baseia-se na diretriz constitucional (prevista no caput do art. 226 da CF) de que a família é a base e estrutura da sociedade. Ora, se a nossa constituição reconhece três espécies de núcleo familiar (casamento, união estável, e monoparental) - ainda que não exclua os demais, conforme interpretação extensiva do princípio da pluralidade familiar adotada no presente estudo -, parece bastante

<sup>137</sup> SUANNES, Adauto. União homossexuais e a Lei 9.278/96. Rio de Janeiro: COAD, 1999, p. 28-33.

<sup>138</sup> O áureo analítico do trabalho de BACHOF está no desenvolvimento lógico realizado à sua defesa da tese de que há hipótese em que a norma constitucional pode ser inconstitucional - qual seja quando ela contrariar princípios constitucionais. Tal concepção é jusnaturalista, segundo a qual existem direitos que são superiores ao ordenamento jurídico-positivo, cuja enunciação na Constituição tem caráter meramente declaratório e que tais direitos não poderiam ser violados sob pena de inconstitucionalidade. Vale citar que ao jurista alemão Constituição é simplesmente sistema de normas jurídicas, ressaltando-se que *“uma norma só pode ser medida por normas, não por uma situação ou um processo evolutivo.”* (p. 39). Em suma, pode-se dizer que para autor legalidade se confunde com questão formal, sendo ilegal qualquer norma que não preencha requisitos formais necessários para a sua criação; já a legitimidade, entendida como vontade do povo, confundir-se-ia com o direito supralegal que, para ele, é aquilo que todos anseiam, por sua relação com os princípios éticos, morais, humanísticos norteadores da sociedade e de uma ordem constitucional. BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais. Coimbra: Amedina, 2001.

<sup>139</sup> DJU de 10/05/1996, data de julgamento 28/03/96

razoável que o próprio Estatuto diga que o melhor ambiente ao adotado seja representado por um desses modelos, sem que essa referida disposição do texto legal pretenda colocar os demais modelos familiares a margem do reconhecimento jurídico.

No Capítulo 1 do Título I, ao tratar do direito de família contemporâneo, explicitou-se as formas de interpretação do princípio da pluralidade familiar, estampado no art. 226 da Carta Maior. Por uma interpretação a luz da dignidade da pessoa humana, entendeu-se mais acertada a posição doutrinária – defendida, dentre outros, por Ana Carla HARMATIUK MATOS<sup>140</sup> e Rodrigo da CUNHA PEREIRA<sup>141</sup> - que defende que o rol de entidades familiares protegidas na Constituição não é taxativo, e sim exemplificativo.

Assim, como a própria Constituição Federal não exclui outros modelos familiares além dos expressamente constantes no art. 226, parece plausível que, a prestígio da sistematicidade de nosso ordenamento jurídico, imponha-se interpretação extensiva do §2º do art. 42 do ECA. Tal problematização leva a crer que uma interpretação restritiva do artigo seria inconstitucional, embora o dispositivo em si não o seja.

## 2.2. DAS SUPOSTAS RESTRIÇÕES LEGAIS À ADOÇÃO COJUNTA POR HOMOSSEXUAIS: PROBLEMATIZAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DO §3º DO ART. 226 DA CF E DO §2º DO ART. 42 DO ECA.

Como explicitado anteriormente, restringir a adoção conjunta aos pares heterossexuais representa exclusão que atenta contra os princípios da igualdade, da pluralidade familiar e do princípio do melhor interesse da criança. Ainda que o §2º do art. 42 do ECA preveja como requisito para adoção conjunta a união estável e o §3º

---

<sup>140</sup> MATOS, 2000, *op. cit.*, p. 111-121

<sup>141</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *op. cit.*, p. 165.

do art. 226 da CF disponha que “é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar”, entende-se que é defensável a adoção por pares homossexuais. Para tanto, dois esforços interpretativos podem ser realizados: (i) interpretação do §3º do art. 226 da CF que privilegie a possibilidade de equiparação da união homossexual à união estável; (ii) entendimento de que o conceito de união estável adquire novas formas quando frente o instituto da adoção.

Por um lado é possível cogitar-se equiparação da união homoafetiva à união estável, e por assim auferir que é possível que pares homossexuais preencham o requisito imposto no §2º do art. 42 do ECA – sendo assim permitida a adoção conjunta homoparental. Tal inclusão de uniões homoafetivas dentro do âmbito da união estável faz sentido por intermédio de uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais, principalmente os direitos de igualdade, mediante emprego de analogia.<sup>142</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro apenas pode ser lido indissociadamente dos princípios introduzidos pela Constituição como norteadores do Estado Democrático de Direito, os quais impõem respeito à dignidade e asseguram o direito à liberdade e à igualdade. Assim, porque a dignidade humana é imperativamente assegurada, atente-se que os relacionamentos afetivos são alvo de proteção independentemente da identificação do sexo do par.

Quando a Lei Maior regulou as noções gerais sobre a família, o fez fundando no elemento do afeto. Mesmo que quase intuitivamente se pense na família como uma relação de cuja base advém de um relacionamento interpessoal entre um homem e uma mulher - posto que treinados assim para refletir -, necessário

---

<sup>142</sup>COELHO, op. cit. p. 109-132.

reconhecer que há relacionamentos que mesmo sem a diversidade do sexo são cunhados também por um elo de afetividade.

Desta feita, ainda que não prevista expressamente, as uniões homossexuais existem e fazem jus à tutela jurídica, pois a natureza do vínculo em nada se diferencia das uniões heterossexuais, merecendo aquelas, tanto quanto estas, o direito de serem identificadas como uniões estáveis, bem como aponta Maria Berenice DIAS:

Descabido estabelecer a distinção de sexo como pressuposto para a identificação da união estável. Dita diferença, arbitrária, aleatória e exigência nitidamente discriminatória. O próprio legislador constituinte reconheceu a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes também como entidade familiar, merecedora da proteção do Estado. Diante dessa abertura conceitual, nem o matrimônio nem a diferenciação dos sexos ou a capacidade procriativa servem de elemento caracterizador da família. Por consequência, não já como ver entidade familiar somente a união estável entre pessoas de sexos opostos (DIAS, 2008, p. 177).

E arremata:

Não se diferencia mais família pela ocorrência do casamento. Também a existência de prole não é essencial para que a convivência mereça reconhecimento e proteção constitucional, pois sua falta não enseja sua desconstrução. Se prole ou capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça proteção legal não cabe mais excluir do conceito de famílias as relações homoafetivas. Excepcionar onde a lei não distingue é forma de excluir direitos. (Ibid., 2008, p. 177).

Ainda nesse sentido, dispõe Luis Roberto BAROSO:

1. As uniões homoafetivas são fatos lícitos e relativos à vida privada de cada um. O papel do Estado e do Direito, em relação a elas como a tudo mais, é o de respeitar a diversidade, fomentar a tolerância e contribuir para a superação do preconceito e da discriminação.
2. A Constituição de 1988 não contém regra expressa acerca de orientação sexual ou de relações homoafetivas.
3. A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas.<sup>143</sup>

<sup>143</sup> BARROSO, Luis Roberto. Diferentes mais iguais: o reconhecimento jurídico das relações homossexuais no Brasil. Disponível em:

Na medida em que há presença substancial de uma comunidade de vida afetiva e sexual duradoura e permanente entre os companheiros, a equiparação das uniões homoafetivas a uniões estáveis é autorizada pela interpretação por via analógica. Nessa esteira de pensamento analógico, ainda destaca a supracitada:

aplicador do direito deve subsidiar-se nos referenciais elencados no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Não há como fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável. O óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso de tal forma integrativa de um fato ao sistema jurídico. A identidade sexual não serve de justificativa para se buscar qualquer outro ramo do Direito que não o Direito de Família. (...). (Ibid., 2008, p. 177).

No caso das uniões homoafetivas - e por sua vez da adoção conjunta por homossexuais -, despercebido não pode ser que o fulcro para a confirmação dos direitos dos pares homoafetivos está, precipuamente, no texto constitucional brasileiro - o qual indica que a dignidade, a liberdade, a igualdade e a inviolabilidade da vida privada não encontram distinção de natureza e formam as bases jurídicas para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa, imprescindíveis para a formação de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária.<sup>144</sup>

Ainda é possível auferir possibilidade ao pleito de adoção por pares homossexuais por uma interpretação do conceito de união estável própria do sistema de adoção. Embora aparentemente não haja posições doutrinárias específicas nesse sentido, parece plausível que se construa um conceito de união estável próprio ao sistema adotivo, conceituação essa que, orientada pelos

---

[http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais\\_171109.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais_171109.pdf). Acesso em: 02 de fevereiro de 2011.

<sup>144</sup> FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo – a nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 114.

princípios que regem a matéria, privilegiem adoção tanto por pares heterossexuais quanto por pares homossexuais.<sup>145</sup>

O caminho que ora se propõe é o mesmo adotado pelo Direito Previdenciário, para o qual união estável engloba união homoafetiva. Nesse sentido o Parecer 038/2010 da AGU de 07 de julho de 2010 (aprovado pelo Advogado-Geral da União, ministro Luís Inácio Lucena Adams) que reconhece a união estável homoafetiva para o pagamento de benefícios previdenciários.

Determinação que atende a recomendação feita pela Advocacia-Geral da União para o INSS foi enfim reconhecida na Constituição brasileira em 10 de dezembro de 2010, sem que haja a possibilidade de veto ao reconhecimento da união estável homoafetiva. A Portaria Nº 513 foi publicada no Diário Oficial da União e equipara a união homossexual à união efetiva para todos os benefícios previdenciários.

De toda sorte - seja por uma interpretação do §3º do art. 226 que analogicamente privilegie equiparação da união homoafetiva à união estável, e assim permita que pares homossexuais preencham o suposto requisito de união estável à adoção conjunta; seja pelo entendimento de uma conceituação de união estável própria ao sistema da adoção, a qual que privilegie o entendimento de possibilidade de adoção conjunta homoparental – certo é que a ebulição dos Direitos Fundamentais na Lei Maior brasileira, bem como o movimento de repersonalização e de constitucionalização do Direito Civil, torna impende que se observe que a não discriminação do homossexual, como garantia irrefutável, não se resume a aceitação do sexo entre pessoas do mesmo sexo, mas coliga-se ao entendimento

---

<sup>145</sup> O desenvolvimento de tal temática, por não haver referencia bibliográfica sobre o tema, é trabalho demasiadamente hercúleo para os objetivos que se destina o presente estudo, pelo que apenas cita-se a questão propondo ao leitor reflexão sobre a problematização exposta.

de que essas relações formulam mais que sociedades de fato, e sim sociedades de afeto.

A convivência baseada no amor não é privilégio dos heterossexuais. Nos relacionamentos homossexuais, o amor, o afeto, o desejo, erotismo e as relações sexuais estão tão fortemente presentes que saltam as barreiras do estigma social (MATOS, 2004).<sup>146</sup>

Corroborando o entendimento pela possibilidade de adoção conjunta por pares homoafetivos destaca-se a recente decisão do STJ - em Recurso Especial, em que concedeu adoção a um casal homossexual – em que o relator Luis Salomão, em seu voto, expressamente destaca a possibilidade de equiparação da união homossexual à sociedade de afeto. Alega o relator, *in verbis*:

A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o consequente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual. (...)

Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário.

Malgrado a decisão represente evidente avanço comemorável, a jornada a ser percorrida ainda é extensa e tortuosa. A incerteza quanto à repercussão do referido precedente aponta ser muito cedo para se falar em nova tendência jurisprudencial, cabendo tão somente a esperança.<sup>147</sup> A necessidade de balizamento

<sup>146</sup> MATOS, 2004, *op. cit.*, p. 59.

<sup>147</sup> Oportuno ressaltar que o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul foi pioneiro quanto ao assunto entre pessoas do mesmo sexo. Em 1999 a justiça gaúcha definiu que questões referentes a uniões homoafetivas eram de competência dos juizados especializados em família, inserindo tais demandas no âmbito do Direito de Família: Relações homossexuais, Competência para julgamento de separação de sociedade de fato dos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à sentença das separações ocorridas entre casais homossexuais. Agravo provido.”. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 599075496, 8ª CC, Rel. Des. Breno Moreira Mussi, julgado em 17/06/1999.). Invocando os princípios constitucionais que vedam a discriminação entre sexos, no Agravo de instrumento n. 599075496 teve-se, por unanimidade dos votos, reconhecimento à existência de vínculo familiar. Outra decisão vanguardista do Tribunal do Rio Grande do Sul que vale a pena citar, fora o julgamento do processo nº 01196089682, ainda em 1999. A prolatação através da juíza Dra. Judith dos Santos Mottecy



reconheceu a sociedade de fato entre as partes, deferindo a totalidade de herança ao companheiro do de cujus. A decisão reconheceu também a aplicação da Lei 8.971/94 ao caso concreto, equiparando tal relacionamento à união estável. Em 2000 o TJRS segue a mesma diretriz, e defere herança ao parceiro: “União Homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Meação. Paradigma, Não se permite mais farisaísmo de desconhecer a existência de uniões de pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes as que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais de direitos, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica, Apelação provida em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros.” (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70001388982, 7ª CC, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorigis, julgado em 14/03/20001.). Extrai-se o vínculo afetivo da esfera do direito das obrigações, inserindo-o na esfera de direito de família. Assim, empresta a justiça relevância ao afeto, elegendo-o como elemento de identificação para o reconhecimento da natureza familiar das uniões afetivas. Deste mesmo ano data-se o julgamento da apelação civil n. 59836655, que teve como relator o Des. José Siqueira Trindade, veja-se parte do voto: (...) é possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante os princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida a discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país destruindo os preconceitos arcaicos, modificando os conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e as coletividades passem andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos.” (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 595, Rel. Des. José Siqueira Trindade, julgado em 01/03/2000). Destarte, é possível aferir que a postura da jurisprudência juridicializa e insere no âmbito do Direito de Família as relações homoafetivas como entidades familiares. Ao passo que se consolida a orientação jurisprudencial, emprestando direitos jurídicos às uniões de pessoas do mesmo sexo, começa a alargar-se o espectro de direitos e deveres reconhecidos ao parceiro. Muito embora não haja consenso, o caminho está aberto. Inclusive a tendência é - e é preciso ter esperança que seja - de que doravante também se entenda pela possibilidade de adoção por pares homossexuais, dirimindo-se aos poucos as dúvidas, os questionamentos e principalmente os preconceitos. Por fim, destaca-se a decisão gaúcha, da qual aqui se menciona parte do voto do Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, acerca da adoção por casais formados por duas pessoas de mesmo sexo, tratando-se da negação (unânime) de provimento ao de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, irredutível com sentença que deferiu a adoção de duas crianças a um casal lésbico: “Com efeito, o tratamento analógico das uniões homossexuais como entidades familiares segue a evolução jurisprudencial iniciada em meados do séc. XIX no Direito francês, que culminou no reconhecimento da sociedade de fato nas formações familiares entre homem e mulher não consagradas pelo casamento. À época, por igual, não havia, no ordenamento jurídico positivo brasileiro, e nem no francês, nenhum dispositivo legal que permitisse afirmar que união fática entre homem e mulher constituía família, daí por que o recurso à analogia, indo a jurisprudência inspirar-se em um instituto tipicamente obrigacional como a sociedade de fato. (...) Estamos hoje, como muito bem ensina Luiz Edson Fachin, na perspectiva da família eudemonista, ou seja, aquela que se justifica exclusivamente pela busca da felicidade, da realização pessoal dos seus indivíduos. E essa realização pessoal pode dar-se dentro da heterossexualidade ou da homossexualidade. É uma questão de opção, ou de determinismo, controversa esta acerca da qual a ciência ainda não chegou a uma conclusão definitiva, mas, de qualquer forma, é uma decisão, e, como tal, deve ser respeitada. (...) Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo

de questões pertinentes á competência jurisprudencial, concessão de alimentos, dentre tantas outras, ainda impera. Destarte, a noção atinente aos direitos dos homossexuais só poderá se dizer relida quando se houver um profundo e verdadeiro questionamento do itinerário de todo complexo de direitos subjetivos emanantes das relações homoafetivas.

Por fim, ressalte-se que obstar a adoção conjunta homossexual pode representar desprestígio ao melhor interesse da criança e do adolescente. Quando a realidade social de formação de vínculos entre o adotado e o parceiro do adotante fica a mercê de tratamento jurídico, quem perde é a criança. Esse cenário se mostra retratado nos casos em que os parceiros recorrem a “adoção” por vias informais e aqueles em que embora apenas um sujeito esteja vinculado juridicamente a criança tanto este quanto seu parceiro exercem a parentalidade.<sup>148</sup>

Poderia ser a criança também adotada pelo parceiro do pai, de maneira a ter sua realidade formalizada? Em casos de falecimento do pai adotivo, não teria a criança os direito previdenciários, sucessórios entre outros? Essa exclusão certamente não atende a igualdade buscada pelos homossexuais, e, o mais grave ainda: Em casos acima relatados há sintonia para com o melhor interesse da criança? (MATOS, 2004).<sup>149</sup>

A família homoparental não se resume a filiação homoparental entre pai/mãe-filho, devendo ser compreendida tanto em sua “estrutura linear” (família monoparental), quanto em sua “estrutura triangular”, e ainda em tantas quantas estruturas o afeto parir: não basta que o ordenamento jurídico reconheça a possibilidade de um homossexual adotar uma criança/adolescente (estrutura linear), é preciso que se oferte a possibilidade de ter uma figura pai e uma figura mãe (estrutura triangular), independente do sexo dos entes que a estas funções venham

---

especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes.” (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70013801592, 7ª Câmara Cível. Rel.: Des. José Siqueira Trindade. Julgado em 05/04/2006

<sup>148</sup>*Ibid.*, p, 71-72.

<sup>149</sup>*Ibid.*, p, 72.

ocupar.<sup>150</sup> É impende que se assegure a manutenção dos reflexos oriundos dos vínculos afetivos entre crianças/adolescentes e aqueles que perante essas assumem função paterna ou materna.

---

<sup>150</sup> Ressalte-se, porque oportuno, que não existem apenas a estrutura linear (a ser a da família monoparental, formada pela formula pai/mãe↔ filho), e a estrutura triangular (a ser aquela em que um vértice do triângulo é ocupado pela função de pai, o outro pela função de mãe, e o outro pelo filho). As estruturas são tantas quantas a realidade possa conceber. O que aqui se apregoa não é que se restrinja o pensamento a estes dois modelos, mas sim que se abra possibilidade para o reconhecimento da diversidade.

### CAPÍTULO 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Modernamente, o comportamento social e a vida adquiriram novos sentidos, e assim, também foram cambiadas as diretrizes da esfera da vida privada do indivíduo. A família saiu da estrutura unitária, hierarquizada e transpessoal e migrou para uma família plural, igualitária e eudemonista, deixando de ser essencialmente um núcleo econômico de reprodução, para se tornar muito mais o livre espaço para expressão do afeto.<sup>151</sup>

Se hoje nos deparamos com modelo de *família pós-nuclear* é porque superamos os elos aldeãos, a hierarquização de papéis, a ditadura do elo-biológico, o manutenção do tradicionalismo, o patriarcalismo. Destarte, as mutações que envolveram a concepção de família resultariam em uma seara de alterações no ordenamento jurídico. Em um tempo recente, o Direito como fruto da história, em constante tensão aos fatos, fora levado a reconhecer a família contemporânea como complexo afetivo, cuja principal função reside na satisfação pessoal dos membros.

Paralelo ao desenvolvimento do Direito de Família, outra senda de mutações sociais, igualmente produziria frutos no Direito: a luta dos homossexuais pelo sepultamento do preconceito, pela igualdade e pela liberdade sexual. A essa minoria brasileira, glórias tão esperadas adviriam na Constituição Federal de 1998 - a qual, por pretender fundar um Estado Democrático de Direito, garantiria a dignidade da pessoa humana e o respeito aos direitos individuais (tais como liberdade e igualdade), independentemente de orientação sexual.

Já diz a cultura popular que “com o conhecimento vem a responsabilidade”: quando Diké conheceu o Direito de Família pelo afeto e os homens pelos seus Direitos Fundamentais, fora também apresentada ao homoafeto. Dessa sorte,

---

<sup>151</sup> FACHIN, Luiz Edson, citado pro CANDIDO, João Batista de Oliveira, In: Teixeira, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2008, p. 54.

quando o afeto iluminou o céu do Direito de Família e os Direitos Fundamentais abençoaram a Lei Maior, fomos levados a questionar a família homoafetiva como realidade que se confronta aos tabus, aos preconceitos e aos medos.

Não há mais prerrogativas para o desconhecimento jurídico da relação homossexual e seus efeitos: a família – se reconhecida no tempo, se espaço para a liberdade, se aliança composta de harmonias e paradoxos, se agremiação destinatária de projetos e de discursos, se junção que encarna elo entre o direito e a sociedade, se dual, se ambivalente, se complexa, se sem polarizações e se (acima de tudo) forma de materialização do afeto – manifesta-se também sob as silhuetas de uma relação homoafetiva.

Nessa senda, o homossexual, posto ser ente psíquico, pode ter desejo de construir uma família, seja pelo relacionamento com um ente amado, seja pela presença de filhos, seja pelos dois: o Direito Brasileiro, como berço de Direitos Fundamentais tem o dever de tutelar e regular essas relações. Assim, não se trata apenas da admissibilidade do sexo com pessoas do mesmo sexo, mas a questão transcende com o fato de que essas relações têm gerado efeitos no mesmo obstáculo que as sociedades de afeto heterossexuais.

Nesse diapasão, impossível fechar os olhos ao fato de que crianças e adolescentes vivem em lares homossexuais, e que gays e lésbicas buscam a realização do sonho de estruturarem a família com a presença de filhos. A infecundidade de um relacionamento homoafetivo não tem impedido que homossexuais abarquem ou desejassem abarcar crianças no seio de seu lar. Para além da fertilização assistida, esse desejo depositou às portas do Judiciário uma polêmica questão: a adoção homoparental.

A par das mutações que sofreu o processo adotivo, a questão ainda permaneceu inquietante. Duas perguntas latejaram: A orientação sexual dos pais teria importância? O ordenamento jurídico permite a adoção homoparental? As respostas se encontrariam na interdisciplinaridade do tema à psicologia, no melhor interesse da criança, no caráter de sistematicidade e unicidade do Direito, nas garantias constitucionais da liberdade e da igualdade, nos Direitos Fundamentais.

Quanto à primeira questão, as pesquisas até agora encaminhadas apontam que a orientação sexual dos pais nada indica uma problemática. Contudo, boa parte da sustentação de óbices quanto capacidade de homossexuais criarem filhos é construída por teorias supostamente do campo da psicologia, respaldadas em leituras equivocadas a respeito da teoria freudiana que trata do complexo edipiano.

Como trabalhado no *Capítulo 2 da Título II* e no *Capítulo 1 do Título III*, não se permite dizer que o simples fato de os pais serem homossexuais impediria que uma criança realizasse uma resolução a contento do Complexo de Édipo. O que ocorre é que muitos autores tem buscado por um Freud ainda no início de suas pesquisas, negando tudo mais que ele, posteriormente, veio a postular sobre esse “Complexo”. Os argumentos que rejeitam a adoção negam, igualmente, todas as outras considerações a respeito do assunto que importantes autores pós-freudianos trouxeram para o debate, como as questões sobre as “funções” e “lugares” que Jaques Lacan esclareceu.

No que se refere à homoafetividade, suas razões ainda permanecem desconhecidas, sendo que as posições são inúmeras: seria resultado multifatorial; seria a resposta a um lapso no desenvolvimento infantil; seria uma escolha do indivíduo; seria uma questão genética. De toda sorte, o que é importante ressaltar é que fora superado o paradigma que observava o fenômeno como advindo de uma

estrutura psicológica perversa. Nesse sentido, o Conselho Federal de Psicologia (CEP) edificou, a onze anos, a resolução CFP nº 01/99 que proíbe os profissionais da psicologia de tratarem a orientação sexual homoafetiva como patologia e de oferecerem tratamentos para a “reversão (cura) da homossexualidade”.

O correspondente jurídico das doutrinas psicanalíticas que apregoam que incapacidade psíquica de homossexuais criarem filhos impede a adoção homoafetiva, pode ser resumido na idéia de que a homoparentalidade ofende ao “melhor interesse da criança”. Ora, se não há nada que aponte para a conclusão de que a orientação sexual interfere na capacidade de doar-se, ou ser capaz de realizar todos os atos que o cotidiano exigirá daqueles que se aventuram nas terras da paternidade ou da maternidade, não há que se falar que a orientação homoerótica dos pais desprestige o filho.

Quanto à segunda questão suscitada, referente à possibilidade jurídica de adoção homoparental, é bom lembrar que o Direito Pátrio, porque democrático o é, garante a igualdade formal (igualdade diante da lei) na esfera da sexualidade. Esta se manifestaria na aplicação do mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, independentemente da “preferência” homossexual ou heterossexual. Em outras palavras, a igualdade formal estabelece uma proibição para a diferenciação de tratamento, sendo que as desigualdades só poderão ser toleradas, se baseadas em motivação racional de âmbito material (justificações).

O ordenamento brasileiro não reserva espaço a discriminações infundadas, e assim alocar o homoafeto às margens do pleito adotivo é descumprimento legal. Ademais, como reflexos da garantia constitucional de igualdade e liberdade, o livre planejamento familiar apregoadado na Carta Federal (art. 226, §7º) é extensivo à família homoafetiva. Dessa sorte, “não há lugar jurídico para a discriminação de

certos núcleos sociais, o que impediria o reconhecimento de algum deles como núcleos familiares, apenas em virtude da orientação social de seus membros.”.<sup>152</sup>

Contudo, questão mais tortuosa é o pleito adotivo por pares homossexuais visto que dispõe o §2º do art. 42 do ECA que para adoção conjunta “é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”, e que o §3º do art. 226 da CF prevê que “é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar”. Entendendo pela irrefutável constitucionalidade do §3º do art. 226, e pela inconstitucionalidade de uma interpretação restritiva do §2º do art. 42 do ECA (embora o dispositivo em si seja constitucional), propõe-se que os referidos dispositivos sejam problematizados.

Por um lado faz-se plausível o reconhecimento da união estável homossexual por uma interpretação analógica do §3º do art. 226 da CF, e assim a possibilidade de que pares homossexuais preencham todos os requisitos impostos pelo art. 42 do ECA. Por outro lado, também é possível pensar que a adoção conjunta homoparental faz sentido na medida em que o sistema da adoção parece impulsionar a construção de um conceito todo próprio de união estável – bem como deu-se com o Direito Previdenciário, para o qual a união homossexual é em tudo semelhante à união heterossexual.

A não-concessão conjunta aos homossexuais pode, muitas vezes, interferir na prevalência do interesse da criança e adolescente, pois a realidade social aponta para a formação de um vínculo entre o adotado e o parceiro social do adotante. Tais situações reais não encontrariam respaldo jurídico que assegurasse a manutenção

---

<sup>152</sup> TEIXEIRA, *op. cit.* p. 333.



ou reflexos oriundos desse vínculo afetivo, ainda que pese a constatação que na maioria dos casos há um estabelecimento forte de vínculo emocional.

O silêncio das leis civis e da Constituição Federal quanto à possibilidade de adoção homoparental esbarrou por muitas vezes no conservadorismo judicial, até que recentemente nos deparamos (i) com o primeiro precedente (STJ) sobre a matéria e com o (ii) Decreto 7.037, proclamador de diretrizes no sentido de “apoiar projeto de lei que disponha sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo” e de “promover ações voltadas à garantia do direito de adoção por casais homoafetivos”.

(i) Acerca dos reflexos da referida decisão, é cedo para apontá-los e a disparidade jurisprudencial sobre o tema não é, ainda, algo no passado. (ii) Já quanto ao Decreto 7.037 de 21 de dezembro de 2009, por tratar-se de meros objetivos programáticos, não cumpre função de solucionar ou ao menos acalantar a questão. Assim, em verdade, a lacuna legislativa é remanescente, e diante dela demasiados são os pontos que ainda encontram-se sem solução (pensão alimentícia, direito sucessório, etc.).

A interpretação constitucionalizada da norma civil soma a “funcionalidade” ao conceito contemporâneo de família, e por esse intermédio, investe tal instituição de fim último: a proveniência de realização aos membros que o compõe. Dessa forma a proteção jurídica apenas encontra fundamento na medida em que proporciona proteção aos interesses de cada ente familiar.

Estando a “realização pessoal” coligada ao desejo, qualquer normatização restritiva no que concerne a expressão sexualidade remonta uma tentativa frustrada de regular a estrutura psíquica: dizer-se que relações heteroparentais e homoparentais alcançam perante o Direito *status* diferenciado é uma hierarquização

forçosa, da qual seu critério – a escolha expressão afetivo sexual – representa atitude claramente discriminatória.

Nessa seara, parece - ao mesmo tempo que possível - necessário rearticular certos pontos fundamentais do instituto da adoção, sem se desviar da principiologia constitucional e da impiedosa necessidade de proteção às crianças e adolescentes, adaptando-se às novas estruturas parentais preconizadas na pós-modernidade.

Encontraria a adoção por homossexuais o respaldo na ordem principiológica, ressaltando as garantias ao melhor interesse da criança, à igualdade e a pluralidade familiar como vetores de uma análise que não pode se findar ao esbarrar na decepcionante recusa de se conceber no Direito o que a sociedade fática reclama. Nessa senda, entende-se que mesmo a adoção por pares homossexuais é possível aos olhos da lei, mediante a utilização de mecanismos analógicos e interpretativos, bem como em atenção ao presente contexto legal, o qual é instituidor da pluralidade das formas de organização familiar.

A necessidade de outorgar aos homossexuais todos os direitos já conferidos aos heterossexuais não se funda apenas na base de necessidade do tratamento isonômico: sem subtrair a importância de reconhecer o homossexualismo como exercício do direito de orientação sexual (direito personalíssimo), no que remete a adoção, o princípio do melhor interesse da criança que estaria sujeito a padecer face o não reconhecimento formal da adoção homoafetiva.

O processo adotivo que prestigia a formalização de situações homoparentais já existentes possui inegável benefício ao menor. No que se trata de pedidos adotivos que visem instaurar na realidade fática uma inaugural relação de afeto entre o casal homossexual e o adotado, o interesse da criança reside na potencialidade de melhores condições de desenvolvimento.

A rigor, é impossível saber se a dinâmica psíquica de um adotante é suficientemente adequada a permitir que um menor possa se tornar um cidadão estruturado. É difícil concluir se uma criança criada em uma instituição pública poderia constituir referências idênticas à da criança concebida e criada por um par homossexual, porém a mesma incerteza caber-se-ia a um par heterossexual.

Nesse caminho, faz-se necessário abandonar a dualidade que separa de um lado os gays, de outro os héteros, pois em um contexto familiar ambos enfrentam as mesmas incertezas, os mesmos desejos, e principalmente a mesma vontade de acertar e de ser feliz. Se o bálsamo de nossa era é o direito à diversidade, o desafio de nosso tempo seria a capacidade de ver o diferente à luz da igualdade.

Em verdade, “Homossexual” em si não existe, o que realmente é fato social é o “homem homossexual”: “homem” remete ao ser que verdadeiramente age, enquanto “homossexual” é mero adjetivo. A homossexualidade não resume o homem ao sexo com alguém de mesmo sexo, afinal ninguém faz sexo vinte e quatro horas por dia. Existe, pois, um alguém, uma personalidade toda própria, em cada um que exerce a homossexualidade.

Com um tom poético, bem nos iluminou Tennessee WILLIAMS, dramaturgo estadunidense: *“What is straight? A line can be straight, or a street, but the human heart, oh, no, it's curved like a road through mountains”*.<sup>153</sup> Desta forma, nas curvas da expressão de nossos desejos, não há contexto familiar que encontre felicidade em uma definição pré-concebida do que é o afeto e de como ele se expressa. É de natureza da própria afetividade assumir os moldes de seus emanantes, e assim, ostentar a forma que a psique e a personalidade permitam.

---

<sup>153</sup> “O que é ser hétero (straight, reto em inglês)? Uma linha pode ser reta, uma rua, mas o coração humano, ah, este não, ele é uma estrada com curvas que atravessa montanhas” WILLIAMS, *A Street car Named Desire* (1947)

## REFERÊNCIAS

- AMARAL E SILVA, Fernando citado por FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. Tutela e Filiação. In: PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**/coordenação Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ANDRADE, Ferreira Lobo (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ARIES, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida Privada - 2: Da Europa Feudal à Renascença**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**. Coimbra: Amedina, 2001.
- BAILEY, Michael Etalii. **Sexual Orientarion of adult sons of gays fathers**. Developmental Psychology, vol. 31, n. 1, 1995. Disponível em: <<http://www.france.qrd.org/assocs/apgl/>>. Acesso em: 29 set. 2004.
- BARBERO, Graciela Haydee. **Homossexualidade e Perversão Na Psicanálise**. São Paulo: Casa Do Psicólogo, 2005.
- BARBOZA, Heloisa Helena. **A Família e o Direito: Antigos e Novos Desafios**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano I, nº 1, jan./jun., 2000.
- BARROSO, Luis Roberto. Diferentes **mais iguais: o reconhecimento jurídico das relações homossexuais no Brasil**. Disponível em: [http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais\\_171109.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais_171109.pdf). Acesso em: 02 de fevereiro de 2011.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006.
- BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da Adoção: Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito De Família**, 2008. 223f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.
- BUENO, Eduardo. **Capitães do Brasil: A saga dos primeiros colonizadores**. Rio de Janeiro: Editora. Objetiva, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CHAVES, Antonio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- CHIAVENATO, Júlio José. **O Negro no Brasil: Da senzala à abolição**. São Paulo: Editora Moderna, 1999
- COÊLHO, Tânia Marina de Azevedo Grandal. **Do reconhecimento da Relação Homoafetiva Equiparada à União Estável do Direito Sucessório**. 2006. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

DELGADO, Luiz Mário. **Direito de Personalidade nas Relações Familiares**. In: PEREIRA, Rodrigo de Cunha. *Família e dignidade humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Família Homoafetiva**. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. **União homoafetiva**. Disponível em: <http://www.icf.com.br/nucleo/>>. Acessado 2 de janeiro de 2010.

\_\_\_\_\_. **União homossexual**. O preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DWORKIN, Ronald. **I diritti presi sul serio**. Bologna: il Mulino, 1982.

PEDIATRICS IN REVIEW.

PATTERSON, Charlotte. **ENFANS DE PARENTS GAYS OU LESBIENS**. *Pediatric in Review*. Vol. 15, n. 9, 1994. Disponível em [www.france.qr.org/assoc/apgl](http://www.france.qr.org/assoc/apgl)>. Acesso em 5 de fevereiro de 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo – a nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao novo Código Civil, Volume XVIII: do direito de família do direito pessoal, das relações de parentesco**. Rio de Janeiro: Forense, 2003-a.

\_\_\_\_\_. Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003-b.

\_\_\_\_\_. **O outro ninho: mudança de paradigmas: do tradicional ao contemporâneo**. *Revista Jurídica Del Rey*. Belo Horizonte, n. 7, jul./dez, 1999.

\_\_\_\_\_. **Paradoxos do direito de filiação na teoria e prática do novo Código Civil brasileiro intermitências da vida**. Portfólio da palestra oferecido pelo IBDFAM. disponível em [www.ibdfam.org.br/anais\\_download.php?a=73](http://www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=73)

\_\_\_\_\_. **Inovações e tradição do Direito de Família contemporâneo sob o novo Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima3-Luiz-Edson-Fachin.pdf>. Acesso em 23 de dezembro de 2010.

\_\_\_\_\_; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. (Org.) Ingo Wolfgang Sarlet Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio. Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIA, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Claudia Bortolozzi. **Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica.** Curitiba: Juruá, 2009.

FREUD, Sigmund. Obras Completas de Freud, vol. 7: **Um caso de histeria, três ensaios sobre a teoria da sexualidade.** España: Nueva, 1993

\_\_\_\_\_. **Obras Completas de Freud, vol. 13: Totem e Tabu e outros trabalhos.** España: Nueva, 1993

\_\_\_\_\_. **Obras Completas de Freud, vol. 17: História sobre uma neurose infantil e outros trabalhos.** España: Nueva, 1993

\_\_\_\_\_. **Obras Completas de Freud, vol. 18: Além do princípio do prazer, psicologia de grupo e outros trabalhos.** España: Nueva, 1993

\_\_\_\_\_. **Obras Completas de Freud, vol. 19: o Ego e o Id e outros trabalhos.** España: Nueva, 1993.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A natureza jurídica da relação homoerótica.** Porto Alegre: Revista Ajuris, n. 88, dezembro, 2002.

GRIMAL, Pierre. **Dicionário de Mitologia Grega e Romana**, 3.<sup>a</sup> ed.. Rio de Janeiro: Difel, 1999, p. 174.

GOMES, Orlando. **Direito de Família** - Atualizada por Humberto Theodoro Júnior, 12.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

HAMAD, Nazir. **A criança adotiva e suas famílias** - Tradução Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002.

HERKENHOFF, João Batista. **Curso de direitos humanos**, vol. 1. São Paulo: Acadêmica, 1994.

LACAN, Jaques. **Seminário 3.** Buenos Aires: Psicolibros, 2007

\_\_\_\_\_. **Seminário 5.** Buenos Aires: Psicolibros, 2007

\_\_\_\_\_. **Seminário 12.** Buenos Aires: Psicolibros, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil aplicado**, Volume 5.: Direito de Família. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Adoção por homossexuais e o interesse da criança.** In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade – Adoção – Aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do "numerus clausus"**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Família e cidadania: o novo CCB e a "vacatio legis"*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. **500 anos de História do Brasil**. São Paulo: Editora LTR, 1999.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

\_\_\_\_\_. **Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

\_\_\_\_\_. **Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição feminina**. Disponível em: [http://a.c.matos.sites.uol.com.br/\\_data/dissertacao-acmh-excerto.pdf](http://a.c.matos.sites.uol.com.br/_data/dissertacao-acmh-excerto.pdf). Acesso em: 23 de dezembro de 2010.

\_\_\_\_\_. **Filiação e Homossexualidade**. In: PEREIRA, Rodrigo de Cunha. *Família e dignidade humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

MICHEL, André. **Modèles Sociologiques de La famille dans lès sociétés contemporaines**. In: Archives de Philosophie du Droit. Reformes du droit de la famille. Paris: Sirey, 1975.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. 3ª ed., vol. I. Direito Matrimonial. São Paulo: Mas Limonad, 1947.

MONTEIRO, Washington de Barros, **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOREAS, Elaine Cristina. **Os Relacionamentos Homoafetivos e a Cidadania**. Disponível em [HTTP://direito.newtoppaiva.br/revistadireito/docs/convidados/BKP/Os\\_relacionamentos.doc](http://direito.newtoppaiva.br/revistadireito/docs/convidados/BKP/Os_relacionamentos.doc)> Acesso em 18 de maio de 2010.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**, 16ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998

NOVAES, Maria Helena. **O “maior interesse” da criança e do adolescente face às suas necessidades biopsicossociais: uma questão psicológica**. In: PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar/coordenação Tânia da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

OLIVEIRA, Francisco José de. **Famílias não legisladas: Direitos Fundamentais e Normas Constitucionais de Inclusão**. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

OLTRAMARI, Fernanda. **Adoção por homossexuais: Possibilidade da formação de um novo núcleo afetivo**. Revista IOB de Direito de Família, São Paulo, 2008.

OSÓRIO, Luis Carlos. **Família hoje**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) **Família e cidadania: o novo CCB e a "vacatio legis"**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.\_\_\_\_\_. *Família e dignidade humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**. In: PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar/coordenação Tânia da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar/coordenação Tânia da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERROT, Michelle. **O nó e o ninho**. In: *Veja 25 Anos: reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, 1993.

PETRINI, João. **Mudanças sociais e mudanças familiares**. In *Família, sociedade e subjetividades. Uma perspectiva multidisciplinar*. Org. João Carlos Petrini e Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 2005.

PIOVESAN, Flavia; ROSSO, Rômulo. **Direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade, in O Código Civil e suas interdisciplinaridades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PROSPERO, Viviane Girardi. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais**. 2003. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 14<sup>a</sup> Ed., 1987.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e Função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil Brasileiro**. 2009. 402 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, pag. 32.

SILVA JUNIOR, E de. **A possibilidade jurídica de adoção por homossexuais**, 2<sup>a</sup> ed. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, Eduardo. **A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: o direito de família entre a Constituição e o Código Civil**. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SPENCER, Colin. **Homossexualidade de uma história**, 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Record, 1999.

SPITZ, René. **O primeiro ano de vida**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.



SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito penal juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

STACEY, Judith; BIBLARZ, Timoth. **How Does the Sexual 2001. Orientation of parents matters?**. American Sociological Review, vol. 66 (p. 159-183). Disponível em: [www.france.qrd.org/ossocs/apgl](http://www.france.qrd.org/ossocs/apgl)> . Acessado dia 21 de janeiro de 2010.

SUANNES, Adauto. **Unões homossexuais e a Lei 9.278/96**. Rio de Janeiro: COAD, 1999, p. 28-33.

TARTUCE, Flavio. **Novos princípios do Direito de Família Brasileiro**. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2008.

TAVARES, Patrícia Silveira. **A política de atendimento**. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira lobo Andrade (coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 2.ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Direito de Família**. Coleção Direito Civil; V.5. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do Direito: primeiras linhas**. São Paulo: Atlas, 2006